Befriedigung und Konfusion im Hypothekenrecht

Dissertation

zur Erlangung
der juristischen Doktorwürde der rechts- und
staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau
vorgelegt von

Otto Wagner
aus Glatz

Breslau
1930

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen K.-G. Ohlau i. Schl.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Prof. Dr. Schott.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Mutter!

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Abhandlung.

§ 2. Dingliche und obligatorische Konfusion 2

A. Freiwillige Befriedigung.

I. bei der Einzelhypothek.

§ 3. Arten und Wirkung der Befriedigung durch den persönlich schulden-
den Eigentümer: Die Entstehung des Eigentümergrundpfandrechts . 4

§ 4. Unterarten der Hypothek außer der Verkehrshypothek

a. Buch-Hypothek 11

b. Höchstbetrags-Sicherungs-Hypothek 13

c. Arrest-Hypothek 15

d. Inhaber-Hypothek 16

§ 5. Befriedigung durch den nicht persönlich schuldenden Eigentümer . 18

§ 6. Befriedigung durch den persönlichen Schuldner bei Verschiedenheit
mit dem Eigentümer 22

§ 6a. Die Rückgriffs-Hypothek 23

§ 7. Befriedigung durch den Dritten 30

II. Freiwillige Befriedigung bei der Gesamthypothek.

§ 8. a. Wesen der Gesamthypothek 31

b. Die Gesamthypothek auf Bruchteilsgrundstücken 31

c. Die Eigentümergesamthypothek 35

§ 9. Befriedigung durch die persönlich schuldenden Eigentümer . . 38

§ 10. Befriedigung durch die nicht persönlich schuldenden Eigentümer . 47

§ 11. Befriedigung durch die persönlichen Schuldner bei Verschiedenheit
mit den Eigentümern. 49

§ 12. Befriedigung durch Dritte 54

B. Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung.

§ 14. Durch Zwangsversteigerung bei der Einzelhypothek 55

§ 14. Durch Zwangsversteigerung bei der Gesamthypothek 58

§ 15. Durch Zwangshypothek 61

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546319_0212

Literaturverzeichnis.

Achilles-Greiff: Handausgabe zum BGB., 11. Aufl. 1923.
Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 89.
Biermann, Joh.: Sachenrecht, 1914.
Böckel, Fritz: Die Sicherungshypothek. Diss. Jena 1901.
Boehm, J.: Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. 1898.
Brinck, Georg: Die Bezahlung der Hypothekenforderung und der Grundschuld. 1907.
Bruck, Ernst: Die Eigentümerhypothek (in Fischers Abhandlg. zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs, X. Bd. 2. Heft). 1903.
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1924.
Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. III. Bd. 1905.
Deutsche Juristenzeitung.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1. Abt.: Sachenrecht. 1905.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II: Sachenrecht (von Wolff). 1923.
Fischer-Schaefer: Die Gesetzgebung, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 1910.
Förster-Kann: Die ZPO. für das Deutsche Reich. II. Bd. 1926.
Fuchs, Eugen: Materielles und formelles Grundbuchrecht. 1902—1908.
Gierke: Deutsches Privatrecht. Bd. II: Sachenrecht. 1905.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. II. Bd.: Sachenrecht. 1912.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Güthe-Triebel: Grundbuchordnung. 5. Aufl. 1929.
Hachenburg: Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht. 1895.
Hallbauer: Das deutsche Hypothekenrecht. 1908.
Hedemann: Sachenrecht des BGB. 1924.

Hoffmann, Eduard: Das Eigentümergrundpfandrecht. Diss. Marburg 1917.
Horn, Richard: Die Eigentümerhypothek (in Leonhards Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, Heft 19). 1906.
Jahrbuch des deutschen Rechts von Schlegelberger-Sternberg, 27. Jahrg. (1928).
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Juristische Wochenschrift.
Kammergerichtsentscheidungen, Jahrbuch.
Kretschmar, Paul: Die Theorie der Konfusion. 1899.
Kretzschmar, Ferdinand: Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. 1906.
Lang, Walther: Die Gesamthypothek (im Arch. f. ziv. Prax., Bd. 89, S. 251).
Lange, Bruno: Die Eigentümerhypothek nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Tübingen 1901.
Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1899.
Meisner, J.: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, III. Buch: Sachenrecht. 1901.
Mittelstein, Max: Das Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. III. Sachenrecht. 1888.
Müller-Meikel: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs, I. Bd. 1904.
Nußbaum, Arthur: Deutsches Hypothekenwesen. 1913.
Oberneck: Reichsgrundbuchrecht. 1909.
Plancks Kommentar zum BGB. III. Bd.: Sachenrecht. 1920.
Predari: Grundbuchordnung. 1913.
Priebe, Kurt: Die Zwangshypothek mit besonderer Berücksichtigung ihrer Umwandlung in eine Eigentümerhypothek. Diss. Breslau 1914.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. III: Sachenrecht. 1899.
Das Recht.
Reichsgerichtsentscheidungen. Amtliche Sammlung.
Reichsgerichtsrätekommentar. 6. Aufl. 1928.
Robert, Wolfgang: Die Rückgriffshypothek. Diss. Halle 1906.

Schulz, Egon: Das Gesamtpfand an Grundstücken. Diss. Breslau 1914.
Schwedler, Gustav: Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit nach bürgerlichem Recht. 1897.
Siméon-David: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. I. Bd. 1928, 1929.
von Staudingers Kommentar zum BGB. 9. Aufl. 1926.
Stein-Jonas: Zivilprozeßordnung. 1926.
Sternberg, Leo: Die Hypothek für eine künftige oder eine bedingte Forderung (in Iher. Jahrb. Bd. 62, S. 377.
Tappen, Wilhelm: Die Regelung der Gesamthypothek nach geltendem deutschen Rechte. Diss. Heidelberg 1911.
von Tuhr, Andreas: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. 1910.
Türcke-Niedenführ-Winter: Das bürgerliche Recht. II. Bd. 1905.
Turnau-Förster: Liegenschaftsrecht. I. Bd.: Sachenrecht des BGB. 1900.
Warneyer: Kommentar zum BGB. 1927.
Werneburg, Hans: Die privatschriftlich verpfändete Hypothek in der Zwangsversteigerung (in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, 1915, S. 406 ff., auch in Iher. Jahrb. Bd. 66, S. 58 ff.).
Willenbücher: Das Liegenschaftsrecht des BGB. und die Reichsgrundbuchordnung. 1904.
Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.
Winter, Paul: Die Eigentümerhypothek im heutigen Rechte. Diss. Göttingen 1909.
Zeitschrift des Deutschen Notarvereins. 15. Jahrg. (1915).

(Die Paragraphen ohne Bezeichnung bedeuten die Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches.)

§ 1.

Der Begriff der Konfusion wird schon in den römischen Quellen erörtert; die römischen Juristen bedienen sich des Ausdrucks „confusio" in einem doppelten Sinne: einmal bezeichnet er den Tatbestand der Vereinigung solcher rechtlicher Eigenschaften in einer Person, deren Getrenntheit begriffliche Voraussetzung für das Bestehen eines Rechtsverhältnisses ist, und deren Zusammentreffen in einer Person daher den Untergang des betreffenden Rechtsverhältnisses nach sich zieht. Ferner, und zwar häufiger, bedeutet confusio die infolge der Vereinigung solcher einander widerstreitender Eigenschaften in einer Person eintretende Wirkung formeller Rechtsvernichtung.[1] Dieses Zusammenfallen von Berechtigung und Verpflichtung, der beiden entgegengesetzten Seiten eines Schuldverhältnisses, in einer Hand bezeichnet man als eigentliche Konfusion im Gegensatz zur uneigentlichen oder unechten Konfusion, deren Begriffsmerkmal das Zusammentreffen zweier gleichgearteter Faktoren, z. B. Verpflichtung und Verpflichtung, in einer Person ist.

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt weder die Konfusion im Zusammenhange noch enthält es allgemeine Bestimmungen über diese. Nicht einmal in den §§ 362 ff., die vom Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Befriedigung und durch die Erfüllungssurrogate handeln, ist von der Konfusion die Rede; nur die §§ 425 und 429 weisen kurz auf die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person hin; allgemein wird aber heute die Konfusion als selbständiger Erlöschungsgrund eines Schuldverhältnisses anerkannt. In dem ersten Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches war sogar eine Vorschrift aufgenommen, die die Konfusion als Erlöschungsgrund des Schuldverhältnisses festlegte und den Grundsatz zum Ausdruck brachte, daß ein Schuldverhältnis durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in einer Person untergehe: § 291 des Entwurfs.[2]

1) Kretschmar, S. 6.
2) Schwedler, S. 72.

Diese Bestimmung wurde jedoch in der zweiten Lesung wieder gestrichen und zwar in der Erwägung, daß sie sich aus dem Wesen der Schuldverhältnisse von selbst ergebe und überdies sich aus den gesetzlichen Ausnahmen unschwer ableiten lasse.[3]

Ebenso läßt das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine allgemeine Regel über das Erlöschen dinglicher Rechte durch Konfusion vermissen. Ueber Nießbrauch und Pfandrecht sind Bestimmungen getroffen. So erlischt der Nießbrauch an einer beweglichen Sache, wenn er mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft (§ 1063 Abs. 1). Die analoge Bestimmung über den Untergang des Pfandrechts an beweglichen Sachen gibt § 1256: „Das Pfandrecht erlischt, wenn es mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft." Für das Pfandrecht an Rechten ergibt sich nach § 1273 Abs. 2 die Anwendung derselben gesetzlichen Vorschrift.

Fälle des Nichterlöschens an Rechten bei Konfusion enthält besonders das Erbrecht. So tritt, falls die Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist, also bei beschränkter Haftung des Erben, infolge des Erbfalles kein Erlöschen der Rechtsverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung ein, ebensowenig, wenn den Erben die Erschöpfungseinrede zusteht (§§ 1976, 1991 Abs. 2). Auch bei Nacherbfolge, Vermächtnis und Erbschaftskauf (§§ 2143, 2175, 2377) gilt die Fiktion des Nichteintretens der Konfusion.

§ 2.

Im Grundstücksrecht findet die Konfusion eine gesonderte Regelung in § 889, nach dem ein Recht an einem fremden Grundstück nicht dadurch erlischt, daß der Eigentümer das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt. Dieser spezifisch deutschrechtliche Gedanke, der aus dem mittelalterlichen Stadtrecht stammt, hat in das Bürgerliche Gesetzbuch mit Rücksicht auf den Realkreditmarkt, also aus wirtschaftlichen Erwägungen, Eingang gefunden. Der Hauptgrund, der gegen die Annahme des Grundsatzes des Erlöschens dinglicher Rechte in dem Falle der Vereinigung und somit für das Bestehenbleiben der Rechte spricht, ist die Rücksicht auf das Institut der Eigentümer-

3) Prot. I, S. 376; KGJ. Bd. 44, S. 295.

hypothek. „Der Entwurf muß dieses Institut anerkennen, um einerseits das berechtigte Interesse des Realkredits in großen Gebieten des Reichs zu wahren und zu fördern, andererseits zu verhindern, daß den nachstehenden Berechtigten ein durchaus unberechtigter Vorteil aus der Vereinigung eines vorstehenden Rechts mit dem Eigentum erwachse." (Mot. III, S. 203).

Das Besondere der Hypothek ist die dingliche Natur, die sich in der Belastung des Grundstücks zeigt. Beim Zusammentreffen eines dinglichen Rechts mit dem Eigentum, der dinglichen Konfusion, ist die eintretende Rechtsvernichtung verbunden mit dem Aufgehen des dinglichen Rechts im Eigentum. Die Vereinigung beruht auf dem Gedanken der Aufnahme des schwächeren Rechts durch das stärkere, des dinglichen Rechts durch das Eigentum. Im Einzelfall behauptet sich das dingliche Recht gegenüber konkurrierenden Berechtigten. Dies wirkt sich dahin aus, daß der Gläubiger einer Verschlechterung seines Sicherungsobjekts entgegentreten (§§ 1133 ff.) und die Priorität dieser Rechte an demselben Grundstück mit Erfolg geltend machen kann. Daraus ergibt sich eine gewisse Widerstandsfähigkeit des dinglichen Rechts gegenüber der Konfusion, und hierin liegt der Hauptunterschied zwischen der dinglichen und schuldrechtlichen Vereinigung. Die dingliche Konfusionswirkung ist auf demselben Grundsatz aufgebaut wie die obligatorische, nämlich, daß niemand sich selbst gegenüber berechtigt und verpflichtet sein kann. In der dinglichen Vereinigung zeigt sich die Elastizität des Eigentums, indem das freie Eigentumsrecht nach der durch die Vereinigung weggefallenen Beschränkung wiederhergestellt wird. Diese Freiheit ist in der subjektiven Berechtigung zu erblicken, von neuem das unbeschränkte Eigentum zu belasten. Nach Aufhebung der Vereinigung von Eigentum und Hypothek (z. B. durch Abtretung) lebt gewissermaßen die alte Forderung wieder auf und wird in die neue gegen den Zessionar eingetauscht (§ 1180).

Jeder Hypothek ist, wie aus der Begriffsbestimmung des § 1113 hervorgeht, eine Forderung beigegeben; ohne diese ist das Grundpfandrecht eine Grundschuld. Die Hypothekenforderung soll nach den Kommissionsberatungen nicht den Sinn haben, daß sie Begriffsmerkmal der Hypothek ist, sondern ihr ist nur die Bedeutung einer Legitimation für den An-

spruch auf Befriedigung aus dem Grundstück zuzumessen. Die Unabhängigkeit der Grundstücksbelastung von der Forderung soll gewahrt bleiben, wobei aber der Gläubiger sein Recht nur zur Befriedigung wegen der persönlichen Forderung verwerten darf. Im wesentlichen ist also die Hypothek nicht akzessorisch; eine Ausnahme gilt nur für die Sicherungshypothek.

§ 3.

Für Entstehung und Erlöschen der Forderung sind die Bestimmungen des Rechts der Schuldverhältnisse maßgebend; vorliegendenfalls interessiert ausschließlich das Erlöschen des Schuldverhältnisses mit seiner Wirkung.

Die Erlöschungsgründe können verschieden sein. Die bei weitem häufigste Art ist die Befriedigung, die freiwillig und im Wege der Zwangsvollstreckung möglich ist. Zunächst ist hier auf die freiwillige Befriedigung durch den Schuldner und die Wirkung der Befriedigung einzugehen.

Der Normalfall der Hypothek ist wohl der, daß der persönliche Schuldner selbst für die Forderung, mag sie auf Empfang eines Darlehns, Stundung von Kaufgeld oder auf anderen Gründen beruhen, sein eigenes Grundstück mit einer Hypothek belastet und den Hypothekengläubiger befriedigt. Das Schicksal der bezahlten Forderung bestimmt sich nach § 362 Abs. 2: sie erlischt.

Der Zahlung als Erfüllung sind die sogen. Erfüllungssurrogate gleichzustellen: So ist es z. B. zulässig, daß der Schuldner dem Gläubiger an Stelle der geschuldeten Leistung eine Ersatzleistung gewährt, die der Gläubiger an Erfüllungsstatt annimmt, wodurch das Schuldverhältnis erlischt. Auch durch öffentliche Hinterlegung der geschuldeten Sache kann der Schuldner Befreiung erwirken, wenn ein in der Person des Gläubigers liegender Grund die Erfüllung unmöglich macht. Desgleichen ist eine vom Schuldner dem Gläubiger gegenüber erklärte Aufrechnung mit einer gleichartigen, gültigen und fälligen Forderung als Erfüllung anzusehen (§§ 387 ff.). Ferner gehört hierher der Erlaßvertrag: § 397. Schließlich steht es der Befriedigung gleich, wenn sich Hypothekenforderung und persönliche Verbindlichkeit in einer Person vereinigen, z. B. infolge Erbgangs oder Schuldübernahme. Die Gleichstellung der Vereinigung mit der Befriedigung erscheint

gerechtfertigt, weil der, in dessen Person die Vereinigung eintritt, in dieselbe Lage kommt wie der Gläubiger, wenn dieser vorher befriedigt worden wäre. „Der Grund der Aufhebung des Schuldverhältnisses durch Zusammentreffen von Forderung und Schuld ist, daß niemand ein Recht gegen sich selbst haben kann. Das Resultat der Aufhebung ist aber, daß der Gläubiger eine entsprechende Befreiung hat." (Windscheid Bd.II, § 352, S. 501).

In allen den vorgenannten Fällen erlischt die persönliche Forderung; entsprechend der wenn auch beschränkt akzessorischen Natur der Hypothek müßte nun eigentlich auch die Hypothek als Pfandrecht dinglich untergehen. Dem ist aber nicht so; vielmehr bestimmt die Sondervorschrift des § 1163 Abs. 1 Satz 2, daß in diesem Falle der Eigentümer die Hypothek erwirbt.

Das durch die Vereinigung von Berechtigung und Belastung in die Hand des Eigentümers gelangte dingliche Recht besteht als solches nicht nur formell, sondern auch materiell und absolut fort. Der Eigentümer ist nunmehr Hypothekengläubiger an seiner eigenen Sache, bis er das Rechtsverhältnis durch Abtretung ändert oder durch Löschung vernichtet, so daß es förmlich und inhaltlich untergeht. Wenn dieses sich mit dem belasteten Eigentum vereinigende Recht dem Recht eines Dritten unterliegt, dann bedarf die Löschung des dinglichen Rechts durch den Grundstückseigentümer nach § 876 der Zustimmung des Dritten[1]. In der Regel wird der Eigentümer, wenn er die Schuld bezahlt, jedoch nicht auf Löschung dringen; es ist vorteilhafter für ihn, wenn die Hypothek auf ihn übergeht. Er kann dann die Hypothekenstelle anderweit zur Krediterwerbung benutzen und wird, wenn der Rang günstig ist, leichter Kredit erhalten, als wenn er dem Darlehnsgeber eine neue Hypothek von vielleicht geringerer Güte bestellt.

Das viel beschriebene Institut der Eigentümerhypothek, das der dinglichen Vereinigung von Berechtigung und Belastung entspringt, ist ins Bürgerliche Gesetzbuch aus dem Preußischen Eigentumserwerbsgesetz von 1872 übernommen worden, weil in vielen Fällen der Eigentümer eines mit mehreren Hypotheken belasteten Grundstücks ein wirtschaftliches Interesse daran hat, daß beim Erlöschen einer Hypo-

1) Vgl. § 13, Abs. 2, GBO.

thek durch Zahlung, Konfusion und dergl. die Nachhypothekare nicht vorrücken, sondern er die Möglichkeit hat, durch Neubegebung der Hypothek sich günstigen Kredit zu verschaffen. Die Eigentümerhypothek entspricht so dem Grundsatz des § 889.

Steht dem Eigentümer zugleich auch die persönliche Forderung zu, wenn er z. B. den Gläubiger beerbt, so spricht man von einer eigentlichen, „forderungsbekleideten" Eigentümerhypothek, andernfalls verwandelt sie sich als „forderungsentkleidete" Hypothek nach § 1177 Abs. 1 inhaltlich in eine Eigentümergrundschuld. Die Entstehung einer Eigentümerhypothek setzt jedoch eine gültige Einigung voraus; fehlt diese, vielleicht infolge Geschäftsunfähigkeit des Bestellers, so entsteht weder eine Hypothek, noch geht sie infolgedessen auf den Eigentümer über.[2] Dann rücken die nachstehenden Hypothekare auf. Das Grundbuch ist in diesem Falle mangels Einigung unrichtig und unterliegt dem Berichtigungsanspruch des Eigentümers.

Das Besondere bei dem Eigentümergrundpfandrecht liegt darin, daß der Eigentümer an seinem Eigentum ein hypothekarisches Recht hat, was zunächst als unmöglich erscheint. Dieses hypothekarische Recht ist als ein verselbständigter Vermögensteil anzusehen, der aber erst Form und Gestalt annimmt, wenn er vom Eigentümer unter Loslösung vom Hauptеigentum auf einen Dritten übertragen wird. In dem Eigentümergrundpfandrecht ist nicht etwa ein besonderes materielles Recht an der eigenen Sache neben der allgemeinen Herrschaft über diese zu erblicken, sondern nur eine formelle Selbständigkeit ist anzunehmen, die in gewissen Fällen zu Bedeutung gelangt. Noch anders liegt der Fall, wenn Eigentümer und persönlicher Schuldner identisch sind und mit der Konfusion dinglicher Rechte auch die obligatorische Vereinigung von Gläubiger- und Schuldnerrolle in einer Person Hand in Hand geht. Dann erlischt nämlich die Forderung, und trotzdem bleibt das dingliche Recht forderungsentkleidet bestehen.

Solange die Hypothek mit dem Eigentum in einer Hand vereinigt ist, besteht zwischen beiden Fällen (der gleichzeitigen dinglichen und obligatorischen Konfusion und der nur dinglichen Vereinigung) praktisch kein wesentlicher Unterschied. Dieser tritt erst dann zutage, wenn die Trennung von

2) Vgl. RGZ. 106, 139.

Hypothek und Forderung erfolgt. Falls die Forderung nämlich noch (in der Hand des Eigentümers) besteht, kann sie ohne weiteres an einen Dritten unverändert übertragen werden. Ist dagegen die Forderung untergegangen, so kann die Post nur als Grundschuld weiterbegeben werden, oder sie ist erst nach § 1198 wieder in eine Hypothek zu verwandeln.

Die juristische Konstruktion der Eigentümerhypothek ist, wie Oberneck[3] im Gegensatz zu Planck meint, nicht nur von theoretischer, sondern auch von erheblicher praktischer Bedeutung. Würde man nämlich Dernburgs Sukzessionstheorie folgen, nach der der Eigentümer in die freiwerdende Hypothekenstelle einrückt, dann müßte er sich zunächst als Hypothekengläubiger eintragen lassen und könnte erst nach vorgenommener Grundbuchberichtigung Verfügungen über die Post treffen. Die moderne Praxis[4] steht aber im Interesse der Vereinfachung des Grundbuchverkehrs auf dem Standpunkt, daß der Eigentümerhypothekar ohne seine vorherige Eintragung im Grundbuch über seine Hypothek verfügen kann, sofern er nur als Eigentümer eingetragen ist; denn die Eigentümerhypothek ist nur ein Ausfluß seines dinglichen Rechts, weshalb sich ihre gesonderte Eintragung erübrigt. Man spricht daher auch von einer „ungebuchten" Eigentümerhypothek. In dem Hauptfall der Konfusion, im Zusammentreffen von Schuld, Forderung, Hypothek und Eigentum, entsteht immer eine Eigentümerhypothek.

Ferner erwirbt der Eigentümer die Hypothek stets, wenn sie ohne die Forderung bestehen soll, also auch im Falle der Trennung von der Forderung ohne deren Untergang. Dies tritt ein bei dem Verzicht auf die Hypothek (§ 1168). Der Verzicht läßt die Hypothek sich dinglich mit dem Eigentum vereinigen. Die persönliche Forderung verbleibt jedoch beim Gläubiger. Man hat hierin lediglich eine Folge des Grundsatzes der Eigentümerhypothek zu erblicken; und es ist namentlich an den praktischen Fall gedacht, daß der Gläubiger, dem der Schuldner eine andere Sicherheit leistet, die Hypothek zurückgibt. Die Wirkung des Verzichts ergibt sich aus § 1168: Sobald der Verzicht in der vorgeschriebenen Form erklärt ist, wird die Hypothek Eigentümergrundpfandrecht ohne besondere Uebertragung durch den Gläubiger auf den Eigen-

3) Gruch. Beitr. Bd. 47, S. 312.
4) KG. in Gruch. Beitr. Bd. 56, S. 314, Triebel in Güthes GBO., Bd. I. S. 951 u. a.

tümer. Der Verzicht muß an einen bestimmten Erklärungsempfänger gerichtet sein, nämlich an das Grundbuchamt oder den Eigentümer. In Verbindung mit der Eintragung erzeugt der Verzicht dann die dingliche Rechtsänderung; somit ist die Eintragung nicht etwa eine bloße Grundbuchberichtigung, vielmehr schafft sie materielles Recht. Der Verzicht auf die Hypothek ist grundverschieden von dem auf die Forderung. Bei diesem erlischt die Forderung, bei jenem fällt das dingliche Recht dem Eigentümer zu. Die Forderung, der dinglichen Sicherung nunmehr entkleidet, untersteht ausschließlich schuldrechtlichen Normen und kann somit ohne Beachtung der im § 1154 vorgeschriebenen Form abgetreten werden. Nach Eintragung des Verzichts trennen sich die Schicksale von Forderung und Hypothek. Liegt nur ein teilweiser Verzicht vor, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek auch nur teilweise und zwar geht nach § 1176 der dem Gläubiger verbleibende Teil im Range vor.

Den Verzicht, und damit sekundär den Erwerb des Eigentümergrundpfandrechts, kann der Eigentümer ferner verlangen, wenn ihm eine Einrede zusteht, durch die die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen ist (§ 1169). Dies erscheint berechtigt, denn praktisch ist das Hypothekenrecht durch Ausschluß seiner Geltendmachung schon vernichtet, und es würde dem Eigentümer die Ausnutzung seines Realkredits nur unnötig erschweren, wenn die Hypothek bestehen bliebe.

Gleichgestaltet dem Verzicht ist der Ausschluß des Gläubigers gemäß §§ 1170 f. Mit Erlaß des Ausschlußurteils erwirbt der Eigentümer die Hypothek, so daß sich auch hier die Hypothek mit dem Eigentum vereinigt. Ueber das Fortbestehen der Forderung spricht das Bürgerliche Gesetzbuch nicht; in der Regel wird die Forderung verjährt sein. Bei dem Aufgebotsverfahren mit Hinterlegung der Schuldsumme (§ 1171) gilt der Gläubiger als befriedigt; er kann sich nur noch an die hinterlegte Summe halten.

Eine Befriedigung des Hypothekars erfolgt stets erst nach Fälligkeit des Kapitals, die durch die Kündigung herbeigeführt wird. Soweit es sich um die Hypothek als dingliches Recht handelt, ist die Kündigung ausschließlich an den Grundstückseigentümer zu richten. Die Kündigung an den persönlichen Schuldner vermag die Fälligkeit nicht herbeizuführen, ausge-

nommen, wenn es sich um eine Sicherungshypothek handelt, bei der die Kündigung wegen der Akzessorietät der Forderung an den persönlichen Schuldner zu erfolgen hat. Falls der Hypothekar dem nur formellen, nicht materiellen Eigentümer gekündigt hat, gilt die Kündigung trotzdem als ordnungsmäßig erfolgt, denn das Bürgerliche Gesetzbuch hat ausnahmsweise in diesem Fall dem formellen Verzicht vor dem materiellen den Vorzug zu geben, indem es in § 1141 Abs. 1 Satz 2 bestimmte: „Zugunsten des Gläubigers gilt derjenige, welcher im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, als der Eigentümer".

Der sich kraft Gesetzes vollziehende Uebergang der Hypothek auf den Eigentümer tritt im Augenblick des Erlöschens der Forderung ein. Es vereinigt sich dabei die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer die Forderung, die ja durch Tilgung untergegangen ist, zusteht, so daß sich die Eigentümerhypothek gemäß § 1177 Abs. 1 Satz 1 in eine Eigentümergrundschuld verwandelt mit der Maßgabe, daß die für die Forderung getroffenen Bestimmungen hinsichtlich der Tilgung, Kündigung usw. bestehen bleiben. Bezüglich der Zinsen und Kosten erfährt der Grundsatz des § 889 durch § 1178 eine gewisse Einschränkung. Zwar ist das Zinsrecht als Ausfluß der Hypothek ein Teil des Hypothekenrechts, sodaß man sogar von einer Zinshypothek spricht. Diese ist aber keine Eigentümerhypothek, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, sondern es tritt, falls nicht ein Dritter ein Recht, wie Nießbrauch oder Pfandrecht, geltend macht, Erlöschen der Hypothek ein. Auf diese Weise soll verhütet werden, daß bei jeder Hypothek kleinere Eigentümerhypotheken entstehen können, die sich aus den Rückständen von Zinsen und Nebenleistungen bilden würden. Dadurch würde die Einheit der Hypothek gestört und das Grundbuch unübersichtlich werden; auch ist eine Verwirrung der Rechtsverhältnisse zu besorgen.

Befriedigt der Schuldner den Gläubiger nur teilweise, so erlischt die Forderung nur, soweit die Befriedigung stattgefunden hat. In dieser Höhe entsteht auch hier wieder durch dingliche Konfusion ein Eigentümergrundpfandrecht. Welcher Hypothek der Vorrang gebührt, der Resthypothek des alten Gläubigers oder der Eigentümerhypothek, ergibt sich aus dem Grundsatz des Gläubigerschutzes: der Eigentümer-Schuldner

darf seine Hypothek nicht zum Nachteile der alten Gläubiger-hypothek geltend machen (§ 1176). Diese Vorschrift ist aus dem Grunde wichtig, weil sonst die beiden Teilbeträge gleichrangig sein müßten, wie dies eintritt, wenn der Gläubiger einen Teil der Forderung abtritt, ohne daß über den Rang des Restes etwas bestimmt ist. Handelt es sich um den Regelfall der Verkehrshypothek, so kann der völlig Befriedigende die Aushändigung des Hypothekenbriefes gemäß § 1144 verlangen; bei nur teilweiser Befriedigung ist aber der Gläubiger nur verpflichtet, die teilweise Befriedigung auf dem Brief zu vermerken und diesen zur Berichtigung des Grundbuchs oder Herstellung eines Teilhypothekenbriefes dem Grundbuchamt oder einem Notar vorzulegen (§ 1145 Abs. 1), weil durch das Aus-der-Hand-Geben des Briefes die Kündigung unmöglich gemacht wird, zu der die Vorlegung nötig ist.

Die vom Gläubiger anzustrengende Hypothekenklage mit dem Ziel der Zahlung der Geldsumme aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung ist schlüssig, wenn der Gläubiger ordnungsgemäß im Grundbuch eingetragen und die Forderung fällig („pfandreif") ist. Alles darüber Hinausgehende gehört in das Gebiet der Einrede, die den Hypothekenanspruch entkräftet oder zeitweise hemmen kann. Die Hypothek kann in ihrer dinglichen Wirksamkeit ebenso wie die Forderung bekämpft werden. Ist der Eigentümer mit dem Schuldner identisch, so hat er beide Einreden zu gewärtigen, soweit nicht das Publizitätsprinzip hindernd dazwischen tritt, denn dieses gilt nach § 1138 für die Hypothek auch hinsichtlich der Forderung und der etwa möglichen Einreden. Nach dem Publizitätsprinzip werden Rechte durch die Eintragung im Grundbuch nicht geschaffen, vielmehr besteht nur die Vermutung, daß die eingetragenen Rechte bestehen oder erloschen sind, und diese Vermutung kann durch Gegenbeweis jederzeit entkräftet werden. Hat also der gleichzeitig persönlich schuldende Pfandschuldner die Forderung beglichen, ohne daß der durch das Erlöschen der Forderung bedingte Hypothekenübergang auf ihn im Grundbuch vermerkt worden ist, so gilt für den gutgläubigen Erwerber der Hypothek auch die Forderung als fortbestehend, und der neue Hypothekar kann die Forderung geltend machen, als ob sie noch zu Recht bestünde.

Dem ursprünglichen Hypothekengläubiger steht hauptsächlich die Einrede entgegen, daß die Hypothekenbestellung nichtig oder die Eintragung im Grundbuch wirkungslos sei, wodurch die Hypothek in ihrem dinglichen Wesen getroffen wird. Falls die Hypothekenforderung (z. B. wegen Mangels bei der Einigung) nichtig ist, kann eine Eigentümerhypothek nicht entstehen, und damit ist eine dingliche Konfusion durch Aufgehen des Eigentümergrundpfandrechts im Eigentum ausgeschlossen. Die Einrede der Nichtigkeit der Bestellung würde also das Zustandekommen einer Konfusion verhindern.

Daß sich der Eigentümerschuldner ferner aller Einreden bedienen kann, die ihm gegen die Forderung selbst zustehen, folgt aus der Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung.

Für den Rechtsnachfolger des ursprünglichen Gläubigers lassen sich die Einreden folgendermaßen zusammenfassen: Ist der neue Gläubiger Rechtsnachfolger kraft Gesetzes, so können ihm alle Einwendungen entgegengesetzt werden, die gegen seine Vorgänger gegeben waren; ist er dagegen Rechtsnachfolger infolge Rechtsgeschäfts, so kann er alle Einwendungen abwehren, soweit sie ihm nicht bekannt oder aus dem Grundbuch oder dem Hypothekenbrief ersichtlich waren. Schließlich kann der Eigentümer nach §§ 1137, 770 die einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen, d. h. er darf die Befriedigung aus dem Grundstück solange verweigern, als dem persönlichen Schuldner das Recht zusteht, das in seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten.

§ 4.

a.

Die vorstehenden den Normalfall der Hypothek behandelnden Ausführungen der §§ 2 und 3 sind auch auf die Buchhypothek anzuwenden, soweit es sich mit deren Charakter als briefloser Hypothek vereinbaren läßt. Wer also z. B. eine Buchhypothek nach Maßgabe des § 873 durch Einigung und Eintragung ins Grundbuch gültig erworben hat, kann sie auch nur auf diese Weise auf einen Dritten übertragen, während bei der Verkehrshypothek gemäß § 1154 die Uebergabe des Briefes und einer die Einigung verkörpernden Abtretungserklärung erforderlich ist. Eine Anwendung der §§ 1144, 1145 ist bei der Buchhypothek ausgeschlossen. Der Eigentümer kann gegen Befriedigung des Hypothekars nur eine löschungs-

fähige Quittung in Höhe des gezahlten Betrages verlangen, Sobald er diese Urkunde und den Hypothenbrief im Besitz hat, ist er Eigentümerhypothekar geworden.

Bei teilweiser Befriedigung muß der Eigentümer, wenn er den Einwand der Teilbefriedigung nicht durch Berufung des Gläubiger auf § 892 verlieren will, den Teilbetrag auf sich umschreiben lassen. Die teilweise Befriedigung des Hypothekars durch die persönlich schuldenden Eigentümer wirkt sich folgendermaßen aus:

In Höhe der getilgten Forderung entsteht eine Eigentümerhypothek (bezw. -grundschuld), während für die Restforderung dem Hypothekar die dingliche Sicherung verbleibt. Was hat dies für die Rangverhältnisse zu sagen? Hier greift die Vorschrift des § 1176 Platz, nach der die dem persönlich schuldenden Eigentümer in gewissen im Gesetz aufgezählten Fällen zukommende Hypothek nicht zum Nachteil der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden kann, wenn sich der Uebergang kraft Gesetzes, nicht infolge Rechtsgeschäfts, vollzogen hat. Diese Bestimmung gründet sich darauf, daß der Gläubiger dann, wenn er nach Tilgung eines Teils der Forderung noch eine Restforderung behält, billigerweise verlangen kann, daß der Uebergang für ihn nur dieselben Folgen habe, als wenn die Hypothek teilweise erloschen wäre. In diesem Falle könnte der Gläubiger wegen des Restes durch die erloschene Teilhypothek keinesfalls in seinem Rechte, besonders seinem Range, benachteiligt werden. Daraus ergibt sich also, daß dem Hypothekar im Falle teilweiser Befriedigung wegen der Restforderung und -hypothek der Vorrang vor der auf den Eigentümer übergehenden Forderung gebührt. Eine Eintragung dieses Rangverhältnisses, das sich kraft Gesetzes geändert hat, ist zwar nicht erforderlich, aber für die Uebersichtlichkeit des Grundbuchs wünschenswert, denn es läßt sich später den einzelnen Teilhypotheken kaum noch anmerken, daß sie einmal Eigentümerposten gewesen sind und deshalb nicht ranggleich mit der alten Gläubigerresthypothek stehen, sondern nach ihr rangieren. Der Begriff der „Unmöglichkeit" der Eintragung darf auch nach Güthe[1] nicht überspannt werden: „Wenn die Eintragung im Interesse der Uebersichtlichkeit des Grundbuchs notwendig ist, so kann sie aus dem Grunde, daß das Einzu-

1) Bd. I, S. 241, Vorbem. 60..

tragende sich auch nach eingehender Prüfung aus dem Gesetz ergibt, nicht für unzulässig erachtet werden. Dies gilt namentlich für manche Fälle des sich aus § 1176 ergebenden Rangverhältnisses."

Bei Uebertragung von Hypotheken kraft Rechtsgeschäfts, z. B. durch Abtretung, findet § 1176 keine Anwendung, vielmehr haben die Teileigentümerpost und die Teilgläubigerhypothek mangels anderer Vereinbarung gleichen Rang.

In jedem Falle vollzieht sich die dingliche und obligatorische Vereinigung bei der Buchhypothek ebenso wie bei der Verkehrshypothek, da der Mangel des Briefes das Wesen der Konfusion in keiner Weise berührt.

b.

Auch auf die andere Modifikation der Hypothek, die Sicherungshypothek, finden die für den unterstellten Normalfall der Verkehrshypothek gegebenen Regeln mutatis mutandis Anwendung. Die Sicherungshypothek unterscheidet sich von der Verkehrshypothek dadurch, daß bei ihr das Gläubigerrecht unter Ausschließung des Publizitätsprinzips nur nach der Forderung bestimmt, die akzessorische Natur also streng durchgeführt wird. Es kann sich der Sicherungshypothekengläubiger zum Beweise des Bestehens oder des Betrages der Forderung nicht auf die Grundbucheintragung berufen, sondern muß sich sogar bei Gutgläubigkeit alle Einwendungen aus dem Schuldverhältnis gefallen lassen (vgl. § 1185). Ein neuer Gläubiger kann die Sicherungshypothek nicht in einem weiteren Umfange geltend machen, als er zugleich die persönliche Forderung, für die die Hypothek besteht, tatsächlich erhält. Bezüglich des Anspruchs aus der dinglichen Belastung tritt die Forderung nicht unter den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Nur das obligatorische Schicksal der Forderung ist für den Bestand der Sicherungshypothek maßgebend. So kann z. B. die Nichtigkeit der Forderung dem gutgläubigen Erwerber stets mit Erfolg entgegengehalten werden.

Nach diesen allgemeinen Erörterungen sei zunächst der Fall betrachtet, daß die Sicherungshypothek für eine bestimmte Forderung bestellt ist, ihr also ein fester Betrag zugrunde liegt, wie z. B. bei der Tilgungshypothek. Die zeitlich genau festgelegte Entrichtung von Tilgungsbeiträgen führt allmählich zur völligen Befriedigung des Gläubigers wegen

seiner Forderung und infolgedessen zum Erwerb der Tilgungshypothek durch den Eigentümer.

Unter Ausschluß der Vereinigung von Schuld und Forderung, die ja getilgt ist, tritt also hier nur die dingliche Konfusion ein, indem das Grundpfandrecht in das umfassendere Eigentum übergeht.

Bei der andern Art der Sicherungshypothek, der sogen. Höchstbetragssicherungshypothek, ist das Entstehen oder wenigstens die Höhe der Forderung ungewiß und die Eintragung auf die Angabe eines Höchstbetrages beschränkt, bis zu dem das Grundstück haften soll, während die endgültige Feststellung der Forderung bis zur Erledigung des Rechtsverhältnisses vorbehalten bleibt (§ 1190 Abs. 1). Eine Durchbrechung des Spezialitätsprinzips findet hierdurch nicht etwa statt. Die bestimmte im Grundbuch eingetragene Geldsumme ist auch hier Begriffsmerkmal der Hypothek. Die Höchstbetragssicherungshypothek dient besonders zur Sicherung möglicher künftiger Ansprüche von noch unbestimmter Höhe. So eignet sie sich zur Sicherung von Forderungen, die aus einem dauernden Verpflichtungsverhältnis entstehen können. Stets aber bleibt die dingliche Schuld auf den eingetragenen Höchstbetrag begrenzt.

Soweit die zu sichernde Forderung noch nicht entstanden ist, fällt die Hypothek dem Eigentümer als eine vorläufige, durch das künftige Entstehen der gesicherten Forderung auflösend bedingte Eigentümergrundschuld zu. Der Gläubiger erwirbt die Hypothek erst, wenn und soweit seine Forderung entstanden ist.[2]

Eine Eigentümerhypothek gelangt nicht schon zur Entstehung, weil der Hypothek zu irgendeiner Zeit gerade keine Forderung zugrunde gelegen hat; vielmehr steht die Hypothek dem Gläubiger, wenn sie erst einmal entstanden ist, solange zu, als aus dem Schuldverhältnis noch Forderungen entstehen können.

Erst nach Beendigung des Kreditverhältnisses wird, wenn dem Gläubiger überhaupt keine Forderung mehr gegen den Eigentümer zusteht, aus der Höchstbetragssicherungshypothek von selbst eine Eigentümerhypothek. „Denn dadurch, daß einzelne, auch den Höchstbetrag der Hypothek erreichende Forderungen, für deren Gesamtbetrag eine Kautions-

2) RGZ. 75, 250.

hypothek bestellt worden ist, getilgt sind, wird der Bestand der Hypothek nicht berührt; solange das Verhältnis dauert, auf das sich die Kautionshypothek bezieht, haftet diese bis zu ihrem Höchstbetrage für alle daraus entstehenden Forderungen. Das Erlöschen der einzelnen Forderungen durch Tilgung hat nur zur Folge, daß innerhalb des Höchstbetrages Raum für eine andere Forderung wird." (Turau-Förster Anm. 5 zu § 1190). Es ist also der Fall nicht etwa so zu denken, daß sich durch Rückzahlung einzelner Beträge die Schuld vermindert und daher im Rahmen der eingetragenen Höchstsumme mit jeder Rückzahlung durch den Eigentümer sich dessen Hypothek vergrößert bezw. bei Erhöhung der Schuld verkleinert. Die Eigentümerhypothek entsteht vielmehr endgültig erst, wenn die Forderung des Gläubigers sowie jedes Rechtsverhältnis erloschen ist.

Die Höhe der Forderung wird zwischen dem Gläubiger und dem persönlichen Schuldner festgestellt. Zu ihrer Wirksamkeit für die Hypothek ist die Einigung des Gläubigers mit dem Eigentümer, die Eintragung im Grundbuche und die Zustimmung derjenigen, die ein Recht an der Hypothek haben, erforderlich. Besteht z. B. zwischen den Parteien ein Kontokorrentverhältnis, so stellt der Saldo am Schluß der Rechnung fest, wer von beiden Teilen Gläubiger ist, und wieviel er zu fordern hat. Da die einzelnen Leistungen und Forderungen ihren Sondercharakter verloren haben und nur als Glieder eines Ganzen aufzufassen sind, so kann über die etwaige Entstehung der Eigentümerhypothek jedesmal nur der Saldo und nicht die einzelne forderungsbegründende oder -tilgende Zahlung entscheiden. Ergibt sich ein Guthaben des Gläubigers, das hinter dem Höchstbetrag zurückbleibt, so ist in Höhe des Unterschiedes zwischen der eingetragenen Höchstsumme und des festgestellten Saldos eine Eigentümerhypothek entstanden.

c.

Eine nicht durch Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes (§ 932 ZPO.) entstehende Sicherungshypothek ist die Arresthypothek. Form und Frist für die Vollziehung des Arrestes haben auch für die Arresthypothek Geltung. Der Antrag auf Eintragung der Hypothek gilt im Sinne des § 929 Abs. 2 ZPO. als Vollziehung des Arrestbefehls (§ 932 Abs. 3 ZPO.), d. h., die Vollziehung ist wirkungslos, wenn die Zustellung nicht

innerhalb einer Woche nach der Vollziehung und vor Ablauf eines Monats erfolgt (§ 929 Abs. 3, 2 ZPO.). Wird diese Frist versäumt, dann vollzieht sich wieder die dingliche Konfusion: Es fällt die Arresthypothek als Eigentümergrundschuld dem Eigentümer zu und zwar dem, der bei Aufhebung des Arrestes Grundstückseigentümer ist.[3] Ferner findet der Erwerb der Arresthypothek durch den Eigentümer nach § 868 ZPO. statt, wenn der Arrestbefehl aufgehoben wird (z. B. durch Widerspruch, Berufung, Revision oder wegen Hinterlegung). Materiell erwirbt der Eigentümer die Hypothek also mit der Rechtskraft des Urteils bezw. mit der Hinterlegung. Formell erfolgt die Umschreibung der Arresthypothek auf den Eigentümer auf Vorlegung der rechtskräftigen Entscheidung, die den Arrest oder Arrestbefehl aufhebt. Konfusionsrechtlich unterscheidet sich die Arresthypothek nicht von der gewöhnlichen Sicherungshypothek.

d.

Eine weitere Abart der Sicherungshypothek ist die Inhaber- oder Orderhypothek. Diese liegt nach § 1187 dann vor, wenn für eine Forderung aus einer Inhaberschuldverschreibung, einem Wechsel oder einem andern durch Indossament übertragbaren Papier eine Sicherungshypothek bestellt worden ist. Zur Bestellung einer Inhaberhypothek genügt unter Ausnahme von dem sonst im Liegenschaftsrecht herrschenden Konsensprinzip die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt und die Eintragung in das Grundbuch (§ 1188 Abs. 1), wobei nur der Gesamtbetrag der Hypothek unter Angabe der Anzahl, des Nennwerts und der Bezeichnung der Schuldverschreibungen eingetragen zu werden braucht (§ 51 GBO.). Diese einseitige Bestellungserklärung des Eigentümers ersetzt gleichzeitig materiellrechtlich die sonst erforderliche Einigung zwischen Besteller und Gläubiger.

Zur Abtretung der Forderung bedarf es, da § 1154 Abs. 3 keine Anwendung findet (§ 1187 Satz 3), nicht der Eintragung im Grundbuch. Die Uebertragung der Forderung und damit der Hypothek (§ 1153) erfolgt vielmehr nach den Vorschriften, die für die Uebertragung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber gelten.

3) KGI. Bd. 38 A, S. 276, RGZ. 78, 403/4.

Die Bestimmungen über die Eigentümerhypothek bleiben auch für die Inhaberhypothek in Kraft; nur insoweit tritt eine Modifikation ein, als die Vereinigung von Gläubigerrecht und Schuld in einer Person kein Erlöschen der Forderung bewirkt, die Vereinigung also keine Eigentümergrundschuld, sondern eine Eigentümerhypothek zur Folge hat. Diese Meinung wird der Verkehrsauffassung auch am besten gerecht, zumal der Grundsatz des § 1163 Abs. 1 für das ganze Hypothekenrecht, also auch für die Bestimmungen über die Inhaberhypothek, als zwingendes Recht gilt. Anderer Ansicht ist wohl nur Matthiass,[4] der die Analogie der §§ 1163 Abs. 2 und 1164 Abs. 2 als ausgeschlossen bezeichnet, leider ohne Begründung.

Dem ist nicht beizupflichten; eine Anwendung von § 1163 Abs. 2 kann nicht in Frage kommen, denn für die Inhaberhypothek ist, da sie Sicherungshypothek ist, die Erteilung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen (§ 1185 Abs. 1). Auch § 1164 kann hier nicht Platz greifen, da dort Bestimmungen über die Ersatzhypothek getroffen sind, um die es sich hier gar nicht handelt. Man wird demnach gemäß § 1163 Abs. 1 dem Schuldner die Eigentümerhypothek zubilligen müssen, wenn sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen.

Eine andere Frage ist die, ob die zeitweilige Vereinigung der Rollen des Gläubigers und des Schuldners obligatorisch zur Vernichtung des Schuldverhältnisses führt. Es ist dies der Fall, daß eine Gesellschaft, die eine Anleihe in Form von Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber begeben hat, einen Teil derselben noch besitzt oder zurückgekauft hat. Hier hat die Konfusion nur eine Art episodischer Bedeutung. Es ist anzunehmen, daß das Rechtsverhältnis noch weiter fortbesteht, das im Augenblick der Schaffung des Inhaberpapiers durch den Aussteller entstanden ist. Dieser Grundsatz entspricht am ehesten der herrschenden Kreationstheorie. Diese verlegt das erste Stadium des Entstehungsprozesses der Inhaberschuldverschreibung in den Augenblick der Entstehung des Papiers. Die Zurückkunft des begebenen Papiers in die Hände des Ausstellers kann die Geburt der Obligation nicht ungeschehen machen, sondern höchstens das Schuldverhältnis

4) Bd. II, § 65, S. 153.

in den alten Zustand bei der Entstehung zurückversetzen. Der Fortbestand des Schuldverhältnisses bleibt gewahrt, und die vorübergehende Vereinigung von Schuld und Forderung in der Person des Schuldners kann die Kontinuität nicht gefährden. Während der Dauer der Vereinigung besteht für die Forderung eine Art ruhender Zustand. Bei Wiederbegebung lebt gewissermaßen das ursprüngliche Schuldverhältnis wieder auf. Der Fortbestand des Rechtsverhältnisses trotz erfolgter Vereinigung hat zur Folge, daß das dingliche Recht mit Aufhebung der Vereinigung sofort wieder, ohne neuen Begründungsakt, vollwirksam hervortritt.

Das Eigentümergrundpfandrecht stellt sich, da die Forderung ja nicht untergeht, als eine echte Eigentümerhypothek dar. Eine Eigentümergrundschuld entsteht erst, wenn die Forderung durch Vernichtung des Papiers untergegangen ist. Dies ist auch die herrschende Ansicht.[1]

§ 5.

Die erste Abweichung von dem Normalfall der Hypothek und seinen Wirkungen zeigt sich dann, wenn der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner ist, so daß dem Hypothekengläubiger eigentlich zwei Schuldner, der dingliche (Eigentümer) und der persönliche, gegenüberstehen. Diese Möglichkeit ist gegeben, wenn ein Grundstückseigentümer zugunsten eines Dritten dem Gläubiger eine Hypothek bestellt, insbesondere aber dann, wenn der Eigentümer das Grundstück veräußert; denn in diesem Falle greifen die Regeln der gesetzlichen Hypothekenübernahme Platz: §§ 415 und 416. Hat sich z. B. der Ersteher im Kaufvertrage zur Uebernahme der Hypotheken verpflichtet, so hängt die Wirksamkeit der Schuldübernahme von der Genehmigung durch den Hypothekengläubiger ab. Diesem muß die Veräußerung von dem Verkäufer nach Eintragung des Erstehers im Grundbuche schriftlich unter Hinweis darauf mitgeteilt werden, daß die Genehmigung als erteilt gilt, wenn die Verweigerung der Schuldübernahme nicht ausdrücklich binnen sechs Monaten erklärt wird. Verweigert nun der Gläubiger die Schuldübernahme — was er meist tun wird, wenn er die Vermögenslage des früheren Eigentümers als günstiger und

1) Vgl. Biermann, S. 603; Triebel in Güthes GBO., Anm. 5 zu § 44, Bd. I, S. 995, ferner Planck, Anm. 5, Kober in Staudingerfl Kommentar, Anm. 4, Warneyer, Anm. IV, sämtlich zu ß 1187.

mithin für sich sicherer ansieht, während er dem Ersteher vielleicht abwartend gegenübersteht — so tritt eine Trennung von Schuldner und Eigentümer hinsichtlich der Grundstückshaftung ein. Der Schuldner (Veräußerer) haftet persönlich weiter, während sich die Haftung des Erstehers auf das Grundstück beschränkt. Mit diesem ist die dingliche Schuld untrennbar verknüpft und geht daher von Rechts wegen auf jeden neuen Eigentümer über. Der Ersteher ist auch im Gegensatz zum persönlichen Schuldner zur Zahlung nicht verpflichtet. Da ein Schuldverhältnis zwischen Ersteher und Hypothekengläubiger nicht vorhanden ist (der Fuchs'sche Gedanke der Realobligation wird von der Literatur jetzt einhellig abgelehnt), braucht er nur die Befriedigung aus dem Grundstück, also die Zwangsversteigerung, zu dulden, die er allerdings meist durch Zahlung abwenden wird; dazu berechtigt ihn das Einlösungsrecht des § 268, auf das für das Hypothekenrecht in § 1150 ausdrücklich verwiesen ist.

Der Hypothekengläubiger kann, wie gesagt, falls der Eigentümer und Schuldner verschiedene Personen sind, gegen jeden seine ganze Forderung, natürlich im ganzen nur einmal, geltend machen. Danach könnte man geneigt sein, das Vorliegen eines Gesamtschuldverhältnisses anzunehmen. Diese Folgerung ist aber unrichtig.

Gesamtschuldner sind nach § 421 mehrere, die eine Leistung in der Weise schulden, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist. Voraussetzung ist also, daß jeder der Gesamtschuldner infolge eines Schuldverhältnisses die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet ist. Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben, denn nur der frühere Eigentümer steht in einem persönlichen Schuldverhältnis zum Hypothekar, nicht aber der Ersteher, der nur dinglich haftet. Ein weiterer Grund für die Ablehnung der Gesamtschuldnerschaft ist noch gegeben: Es sollen mehrere „eine Leistung" schulden. Dies trifft zwar für den persönlichen Schuldner zu, der ja die Rückzahlung der Leistung schuldet. Der nur dinglich Haftende jedoch hat keine Leistung zu bewirken, die er schuldet, vielmehr hat er nur die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück zu dulden. Dies kann aber nicht als Leistung angesehen werden. So ist die Ansicht, daß ein Gesamtschuldverhältnis von persönlichem Schuldner

und Eigentümer gegenüber dem Hypothekengläubiger vorliege, abzulehnen.

Im Ergebnis derselben Meinung ist David[1], allerdings mit einer andern auch haltbaren Begründung: „Daß die Regeln des Gesamtschuldverhältnisses für die Beziehung des Eigentümers und Schuldners nicht passen, zeigt sich deutlich bei der Frage, inwieweit der Eigentümer von dem persönlichen Schuldner oder dieser von dem Eigentümer Ersatz des Geleisteten verlangen kann. Regelmäßig haftet sie unter sich nicht zu gleichen Teilen, sondern einer auf das Ganze. Die Rückgriffsbefugnis ist lediglich auf Grund des unter ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses zu beurteilen: Hatte der Eigentümer das Grundstück von dem persönlichen Schuldner gekauft und die Hypothekenschuld übernommen, so hat sie im Verhältnis nach innen der Eigentümer allein zu tragen; sollte dagegen der persönliche Schuldner die Hypothek zur Löschung bringen, dann fällt die endgültige Verpflichtung dem persönlichen Schuldner allein zu." Es kann also für den persönlichen Schuldner gegenüber dem nur dinglich haftenden Eigentümer und umgekehrt nur im Innenverhältnis die Verpflichtung bestehen, die Schuld zu tragen und den Regreß anzunehmen, wenn der Hypothekar auf Grund seines Wahlrechts gerade ihn in Anspruch genommen hat. Wird der Schuldübernahmevertrag zwischen dem Gläubiger und einem Dritten abgeschlossen, so muß, damit der Gläubiger nicht der Hypothek verlustig geht, der Eigentümer des belasteten Grundstücks, der bisher zugleich persönlicher Schuldner war, in die Schuldübernahme einwilligen, andernfalls nach § 418 infolge der Schuldübernahme das Gleiche eintritt wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (§ 1168 Abs. 1). Danach würde die Hypothek unter Abtrennung von der Forderung auf den Eigentümer übergehen.

Befriedigt also der nicht persönlich schuldende Eigentümer den Gläubiger wegen seiner Forderung, so geht diese unmittelbar kraft Gesetzes (§ 1143) auf den Eigentümer über. Es hat dies folgenden Grund: Wenn der Eigentümer die Bezahlung der Schuld vornimmt, so tut er es nicht, um die Schuld zu tilgen, sondern in der Absicht, selbst Träger des Gläubigerrechts zu werden. Seine Leistung ist deshalb ebenso wie die des Bürgen (§ 774) oder des nicht persönlich schul-

1) Bei Siméon-David, S. 176.

denden Verpfänders (§ 1225) als ein Kaufpreis für den Erwerb des Forderungsrechts anzusehen.

Gleichzeitig mit der Forderung erwirbt der Eigentümer nach den Bestimmungen der §§ 412, 401 und 1153 auch die Hypothek als eine forderungsbekleidete. Da der Befriedigende nicht der persönliche Schuldner ist, kann, wenn die Forderung nach § 1143 auf ihn übergeht, eine Vereinigung von Forderung und Schuld nicht stattfinden; dagegen vollzieht sich auch hier wieder die dingliche Konfusion durch die Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum des belasteten Grundstücks in einer Person, indem der befriedigende Eigentümer zu seinem Eigentum die Hypothek hinzuerwirbt. Während dieser Vereinigung bestimmen sich die Rechte des Eigentümers gemäß § 1177 nach den für eine Eigentümergrundschuld geltenden Vorschriften. Das zeitigt folgende Wirkungen: Kommt das Grundstück zur Zwangsversteigerung, so fällt der auf die Eigentümerschuld entfallende Betrag dem Eigentümer zu. Er genießt also jetzt den Vorzug vor den nachstehenden Gläubigern, weil er, trotzdem er nicht persönlicher Schuldner war, durch Zahlung an den Gläubiger die Hypothekenforderung erworben hat. Ferner kann er die Post mit ihrem Range weiter abtreten, erforderlichenfalls auch durch Umwandlung in eine Hypothek, der dann eine neue Forderung beigegeben werden muß.

Auf die Beziehungen zwischen Eigentümer und persönlichem Schuldner finden die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 Abs. 1 entsprechende Anwendung. Das ursprüngliche Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Schuldner tritt durch die Vereinigung wieder in Kraft und bestimmt sich nach den Regeln über die selbstschuldnerische Bürgschaft. Hatte beispielsweise der Ersteher im Kaufvertrage die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen, der Gläubiger aber die Genehmigung der Schuldübernahme verweigert, so kann sich der persönliche Schuldner gegen den Anspruch des Gläubigers durch den Einwand der Schuldübernahme (§ 415 Abs. 3) wehren. Wenn aber der Veräußerer die Befreiung des verkauften Grundstücks vertraglich übernommen hatte, so kann der Eigentümerhypothekar sein Regreßrecht durch Anstrengung der persönlichen Klage geltend machen, wie diese einem Bürgen zustehen würde.[2]

2) Vgl. Oberneck, Bd. II, S. 233.

Der Anspruch auf Grundbuch- und Briefberichtigung ergibt sich aus den §§ 1144 und 1145.

Bei teilweiser Befriedigung darf die Eigentümerhypothek, wie allgemein im Hypothekenrecht, nicht zum Nachteil des Hypothekengläubigers geltend gemacht werden (§ 1176).

§ 6.

Aus dem soeben unterstellten Tatbestand ergibt sich umgekehrt die Möglichkeit, daß auch der persönliche Schuldner, der nicht Eigentümer des Grundstücks ist, den Gläubiger befriedigt. Hierbei ist nach dem vorliegenden Innenverhältnis zu unterscheiden, ob der persönliche Schuldner gegen den Eigentümer Regreßansprüche hat oder nicht.

Ein Regreßanspruch kann durch Vertrag oder durch Gesetz entstehen. Vertragliche Ersatzansprüche kommen hauptsächlich bei Grundstücksverkäufen in Frage. So kann z. B. zwischen Veräußerer und Ersteher im Kaufvertrage vereinbart werden, daß der Betrag einer auf dem Gundstück lastenden Hypothek vom Kaufpreis abgezogen werde und der Ersteher dafür den Hypothekar befriedigen solle. Befriedigt dann trotzdem der Verkäufer den Gläubiger, vielleicht weil dieser ihm mit Zwangsvollstreckung droht, so steht ihm ein auf Vertrag beruhender Ersatzanspruch gegen den Ersteher zu. Wenn umgekehrt der Käufer den festgesetzten Kaufpreis ohne Uebernahme von Hypotheken bezahlt, während sich der verkaufende Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet und er den Hypothekar befriedigt, so hat er einen Ersatzanspruch gegen den Verkäufer. Kraft Gesetzes entsteht ein Ersatzanspruch z. B. dann, wenn die Eigentümer der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke Gesamtschuldner nach § 421 sind. Befriedigt in diesem Falle ein Eigentümer den Gesamthypothekar, so hat er auf Grund des § 426 einen gesetzlichen Ausgleichungsanspruch gegen die übrigen Eigentümer, falls nicht andere Bestimmungen getroffen sind.

Wenn der nicht ersatzberechtigte, mit dem Eigentümer nicht identische persönliche Schuldner den Hypothekengläubiger befriedigt, so geht die Forderung nach § 362 Abs. 1 unter. Das Schicksal der Hypothek ergibt sich aus § 1163 Abs. 1 Satz 2: Sie fällt dem Eigentümer zu. Da die Forderung erloschen ist, ist die Hypothek forderungsentkleidet und da-

her nach § 1177 Abs. 1 eine Eigentümergrundschuld, die sich mit dem Eigentum in einer Person forderungslos vereinigt.

§ 6 a.

Hat jedoch der persönliche Schuldner einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger, so erlischt zwar mit der Befriedigung des Gläubigers die Forderung; der Eigentümer erwirbt aber die Hypothek unter Ausschluß der dinglichen Konfusion nicht. Vielmehr geht die Hypothek nach § 1164 auf den persönlichen Schuldner insoweit über, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann. Der innere Grund ist darin zu finden, daß dem persönlichen Schuldner eine dingliche Sicherung gewährt werden und er nicht allein auf den persönlichen Anspruch angewiesen sein soll. Bei dieser sich kraft Gesetzes vollziehenden Uebertragung der Hypothek wird diese nicht etwa unter analoger Anwendung von § 1177 Abs. 1, weil die Forderung untergegangen ist, Eigentümergrundschuld, sondern sie bleibt Hypothek. Denn im Augenblick des Unterganges der Forderung entsteht der Ersatzanspruch, der die Forderung sofort wieder mit der neuen (Ersatz-)Forderung bekleidet, sodaß man von einer Umwandlung der ursprünglich der Hypothek zugrunde liegenden Forderung in die Ersatzforderung im Sinne der Forderungsauswechselung des § 1180 sprechen kann. Auch Kober ist der Auffassung, daß die Ersatzforderung die obligatorische Grundlage zu der erworbenen Hypothek abzugeben hat. Dies werde insbesondere aus dem Umstande mit zu folgern sein, daß ja der Uebergang der Hypothek nur insoweit erfolge, als eine Ersatzleistung an den Eigentümer bestehe, das eintretende Verhältnis sei analog dem § 1180 aufzufassen, nur daß dort durch Rechtsgeschäft eintrete, was hier kraft Gesetzes vor sich gehe.[1]

Ebenso lehnt das Reichsgericht die Ansicht, daß im Falle des § 1164 die Hypothek sich in eine Grundschuld verwandle oder (nach Fuchs) mit der alten Forderung auf den Ersatzberechtigten übergehe, in seinem Urteil vom 7. De-

1) Staudingers Komm. Anm. II, 1 b, β zu § 1164. Diese Meinung teilen ferner Oberneck (Bd. II, § 139 3, S. 249), Gierke (§ 161 Anm. 38, S. 886), Müller-Meikel (§ 272, III), Mittelstein (S. 113), Horn (S. 99), sowie Busch (im RGRKomm. Anm. 2 zu § 1164), Planck (Anm. 3 zu § 1164), Böhm (Anm. III, D zu § 1164), Kretzschmar (Anm. 1 b zu § 1164) u. a.

zember 1912[2] ab, da sich eine Hypothek nach § 1177 Abs. 1 Satz 1 nur dann in eine Grundschuld verwandle, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinige. Es sei der Ansicht beizutreten, daß die auf den Ersatzberechtigten übergehende Hypothek in jedem Falle als Hypothek für die Ersatzforderung bestehe. Die Billigkeit erfordere, daß dem ersatzberechtigten persönlichen Schuldner die durch seine Leistung freigewordene Hypothek zur Sicherung seines Ersatzanspruchs zufalle.[3] In den Motiven[4] wird u. a. ausgeführt: „Eine letzte Meinung ... geht davon aus, daß die Hypothek begriffsmäßig dasselbe Recht sei wie die Grundschuld, und gelangt von diesem Uebergangspunkte zu dem Schlusse, daß in jeder Hypothekenbestellung die Bestellung einer Grundschuld für den Fall des Erlöschens der Forderung enthalten sei, mit dem Eintritt dieses Falles daher die Hypothek als Grundschuld dem Eigentümer zustehe. Dieser Standpunkt ist jedoch nicht vereinbar mit der ... Auffassung, daß die Hypothek ein akzessorisches Recht, die Forderung mithin nicht Bedingung, sondern Begriffselement des dinglichen Rechtes ist."

Es ist also als herrschende Meinung zu bezeichnen, daß die Hypothek des § 1164 mit der Ersatzforderung des persönlichen Schuldners gegen den nicht haftenden Eigentümer bekleidet ist.

Diesem Standpunkt stehen zwei andere Meinungen gegenüber.

Zunächst nimmt Fuchs[5] an, daß der persönliche Schuldner die Hypothek in Höhe des Ersatzanspruches mit der ursprünglichen Forderung erwirbt, indem er die §§ 1153 Abs. 2, 426 und 774 analog anwendet. Daß dem persönlichen Schuldner die ursprüngliche Hypothek so zusteht, wie sie dem Gläubiger zugestanden hat (weil sie kraft Gesetzes auf ihn übergegangen ist), trifft nicht zu. Die Forderung des Gläubigers, die der Hypothek zugrunde lag, ist doch durch die Zahlung des persönlichen Schuldners getilgt worden und kann daher nicht mehr die Hypothek in der Hand des befriedigenden Schuldners bekleiden. Schon eine positive Gesetzesvorschrift widerlegt also die Fuchs'sche Theorie. Das Prinzip des § 362

2) Bd. 81, S. 71 ff.
3) Denkschrift zu § 1147 der Reichstagsvorlage, jetzt § 1164.
4) Bd. III, S. 723 d.
5) Bem. 6 zu § 1164.

wird durch § 1164 nicht durchbrochen, denn dieser Paragraph regelt lediglich die Wirkung der Tilgung und die persönlichen Schuldner für das dingliche Recht, die Hypothek. Damit ist die Fuchs'sche Meinung, der auch Crome[6] und Predari[7] beipflichten, entkräftet.

Nach Brinck (S. 117 ff.), Güthe-Triebel (Anm. 21 zu § 22 GBO.), Turnau-Förster (Anm. 2 zu § 1164), Willenbücher (Anm. 2 zu § 1164) und andern erwirbt der ersatzberechtigte Schuldner die Hypothek so wie sie bisher bestanden hat; aber nur die Hypothek. Diese wandle sich in eine Grundschuld um, denn die Forderung des Gläubigers sei getilgt (§ 362) und eine Bestimmung dahin, daß ihm eine Hypothek für seinen Ersatzanspruch gewährt werde, sei nicht ergangen.

Dem widerspricht der Wortlaut des § 1164 Abs. 1: „Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, so geht die Hypothek i n s o w e i t auf ihn über, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann." Dagegen, daß sich die Gläubigerhypothek durch Tilgung der Forderung in eine Grundschuld umwandelt, ist nichts einzuwenden, aber soll denn die Grundschuld forderungslos in der Schwebe bleiben und die Ersatzforderung ohne dingliches Recht auf den befriedigenden persönlichen Schuldner übergehen? Dieses Bestehen von dinglichem und obligatorischem Recht in einer Person ohne Beziehung zueinander erscheint doch wohl zu gesucht. Man wird also mit der herrschenden Meinung fingieren müssen, daß an Stelle der erloschenen Forderung die Ersatzforderung tritt und der Rückgriffshypothek zugrunde liegt.

Formellrechtlich muß noch die gemäß § 1164 auf den befriedigenden persönlichen Schuldner übergehende Hypothek im Grundbuch auf den neuen Gläubiger umgeschrieben, das Grundbuch also insoweit berichtigt werden. An sich bedarf gemäß § 19 GBO. eine Eintragung ins Grundbuch der Bewilligung dessen, dessen Recht von ihr betroffen wird. Im Falle des § 1164 wird durch die Eintragung des persönlichen Schuldners als Hypothekar außer dem bisherigen Gläubiger auch der Eigentümer in seinem Rechte betroffen insofern, als ihm trotz des Erlöschens der Forderung die Hypothek nicht zufällt. Da es sich vorliegendenfalls um eine Berichtigung des

6) § 473 II, 2
7) § 22 GBO.

Grundbuchs handelt, kann die fehlende Bewilligung des Eigentümers nötigenfalls durch den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs ersetzt werden (§ 22 Abs. 1 GBO.), wenn durch die beantragte Eintragung das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage in Einklang gebracht wird. Es ist also hier nachzuweisen, daß Ersatzansprüche in einer gewissen Höhe entstanden sind und somit die Hypothek in dieser Höhe nach § 1164 Abs. 1 auf den Befriedigenden übergegangen ist.

Ein teilweiser Uebergang der Hypothek auf den Befriedigenden kann in drei Fällen eintreten, was für die Rangverhältnisse von Wichtigkeit ist.

1. Der Gläubiger wird wegen seiner Hypothekenforderung nur zum Teil befriedigt. Dann hat der ihm verbleibende Teil der Hypothek den Vorrang vor dem andern Teil (§ 1176).

2. Der persönliche Schuldner hat zwar den Gläubiger voll befriedigt, der Eigentümer ist aber im Innenverhältnis nur teilweise zur Ersatzleistung verpflichtet. Dann rangiert zuerst wieder die Resthypothek des Gläubigers, sodann die Rückgriffshypothek des persönlichen Schuldners und schließlich die Eigentümerhypothek (§§ 1176, 1164 Abs. 1 Satz 2).

3. Der persönliche Schuldner befriedigt den Gläubiger nur in Höhe eines Teiles seiner Forderung, der Eigentümer ist ihm aber in dieser Höhe voll ersatzpflichtig. Dann ist das Rangverhältnis ebenfalls so, daß auf die Resthypothek des Gläubigers zuerst die Rückgriffshypothek und dann die Eigentümerhypothek folgt.

Gleichgültig ist es, in welcher Weise die Befriedigung des Gläubigers im Falle des § 1164 durch den persönlichen Schuldner erfolgt. Jede Art der Befriedigung, die das Gesetz zuläßt, führt die im § 1164 bestimmte Wirkung herbei,[8] also auch der Erlaß. Diese Meinung wird zwar von den meisten Schriftstellern geteilt,[9] leider ohne jede Begründung. Wolff (in Enneccerus, Kipp, Wolff, § 144, I, 3), Warneyer (Bd. II S. 393 zu § 1164), Planck (Anm. 2 b zu § 1164), Horn (S. 102) und Triebel (in Güthes GBO., Bd. I, S. 583 Anm. 15 zu § 22) betrachten wir zwar den Erlaß nicht als Befriedigung, halten aber die sinngemäße Anwendung von § 1164 für zulässig,

8) Goldmann-Lilienthal, § 78, Anm. 9, S. 541.
9) Vgl. u. a. Busch in RGRKomm. Anm. 1 zu § 1164, Kober in Staudingers Komm., Anm. II, 1 a β zu § 1164.

ebenso wollen die Motive[10] die Regel des § 1092 (jetzt § 1164) auf den Erlaß angewandt wissen.

Dies ist auch die herrschende Meinung, die nur von wenigen (u. a. lehnt Biermann in seinem Sachenrecht den Erlaß als ein Befriedigungsmittel ab[11], will aber anscheinend auch keine analoge Anwendung) bekämpft wird.

Ferner spricht sich von Karger[12] gegen die Meinung aus, daß der Erlaß ebenso wie die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person der Befriedigung des Gläubigers gleichstehen solle. „Auch aus der Tatsache, daß die Hypothek ... im Falle des § 1164 nach ihrem Uebergang auf den persönlichen Schuldner den Regreßanspruch als Forderungsunterlage hat, ergibt sich die Unmöglichkeit des Ueberganges der Hypothek auf den persönlichen Schuldner im Falle des Erlasses der Forderung, da mangels einer Aufwendung ein Ersatzanspruch nicht denkbar ist, und da es somit an jeder Forderung fehlt, für die die Hypothek als Sicherung dienen könnte."

§ 1164 bestimmt ausdrücklich, daß die Hypothek im Falle der Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner insoweit auf den Schuldner übergeht, als er vom Eigentümer Ersatz verlangen kann. Läßt man also den Erlaß nicht als Befriedigungsmittel gelten, so nimmt man der Hypothek die Forderungsunterlage, und man kann, da die Voraussetzung des § 1164 nicht erfüllt ist, die Hypothek nicht dem Ersatzberechtigten zuweisen. Dem Grundstückseigentümer kann man die Hypothek nur unter den Voraussetzungen des § 1163 Abs. 1 zubilligen. Satz 1 scheidet aus der Untersuchung aus. Somit könnte der Eigentümer die Hypothek nur erwerben, wenn die Forderung erlischt. Da von Karger den Erlaß als Befriedigungsmittel nicht zuläßt und ein Erlöschen der Forderung mithin nicht in Betracht kommt, kann eine Eigentümerhypothek nicht zur Entstehung gelangen. Es bliebe als dritte Möglichkeit nur noch die, daß man die Hypothek forderungslos in der Hand des Gläubigers beläßt; eine solche Konstruktion findet aber in keiner Bestimmung des Hypothekenrechts eine Stütze.

Aus Vorstehendem ergibt sich, daß es zu unmöglichen Folgerungen führt, wenn man den Erlaß nicht als Befriedi-

10) Bd. III, S. 724.
11) Anm. 1 zu § 1164.
12) DJZ. 1928, S. 1078.

gungsmittel ansieht. Man wird daher durch Schluß aus dem Gegenteil mit der herrschenden Meinung den Erlaß der Befriedigung gleichsetzen müssen.

Ein weiterer Erlöschungsgrund im Falle des § 1164 ist unter Ausnahme von § 889 die Vereinigung von Forderung und persönlicher Verbindlichkeit in derselben Person. Auch diese Vereinigung fällt gemäß § 1164 Abs. 2 unter die Befriedigungssurrogate, falls die Voraussetzungen des § 1164 gegeben sind. Diese Ansicht, daß die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person der Befriedigung gleichzusetzen ist, beruht wieder auf dem Grundsatz, daß niemand sein eigner Schuldner sein kann. Die Vereinigung ist ein selbständiger, aus diesem Prinzip folgender Erlöschungsgrund, der insoweit wirkt, als die Vereinigung eintritt.[13] Nach Schwedler[14] ist es nicht anzunehmen — was allerdings nach dem Wortlaut des § 1164 nahe liegt —, daß die Konfusion hier der Befriedigung der Forderung in der Weise gleichgestellt werde, daß die Hypothek aus dem gleichen Grunde erhalten bleibe wie bei der Befriedigung, nämlich damit der Schuldner, der einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer habe, für denselben eine dingliche Sicherheit erhalte, sondern es werde die akzessorische Natur des Pfandrechts hier wohl aus dem Grunde außer acht gelassen, weil die Hypothek selbst nicht von der Konfusion betroffen werde und besonders, weil die Konfusion eben keine Zahlung darstelle, also der Gläubiger noch nicht befriedigt sei.

Die Auffassung Schwedlers steht nicht auf festem Boden. Er gibt selbst zu, daß es nach dem Wortlaut des § 1164 nahe liege anzunehmen, daß die Konfusion der Befriedigung der Forderung gleichgestellt werde. Nach schuldrechtlichen Normen[15] erlischt das Schuldverhältnis, wenn sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen. Eine Zahlung ist zwar die Konfusion nicht, aber die Literatur[16] stellt mit Recht die Vereinigung von Forderung und Schuld der Befriedigung gleich, einmal, weil sie dem zur Auslegung stets zunächst heranzuziehenden Gesetzestext ohne weiteres entspricht, und ferner, weil die folgerichtige Durchführung der gegenteiligen Mei-

13) Vgl. Mot. II, S. 116 f.
14) S. 88 f.
15) Vgl. auch § 291 des Entw.
16) Vgl. u. a. Turnau-Förster, Anm. 4 zu § 1164, Fuchs, Anm. 2, II zu § 1164, Anm. 6 B. I b, bb zu § 1163, Kretzschmar. Anm. 4 zu § 1164, Boehm, Anm. VII zu § 1164.

nung erheblich konstruktive Schwierigkeiten bieten würde.

Zur Sicherung des persönlichen Schuldners hat das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 1165 und 1166 ein weiteres Schutzmittel geschaffen: Wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, sie mit Zustimmung des Eigentümers zur Löschung bringt, oder sie auch nur durch eine Vorrangseinräumung verschlechtert, so kann der Gläubiger sich nicht mehr an den persönlichen Schuldner halten, dessen Lage er verschlechtert hat. Eine Hinderung des Rechts des Gläubigers, auf die Hypothek zu verzichten, oder sie nach § 1183 aufzugeben, tritt nicht ein. Die Zustimmung des persönlichen Schuldners ist hierzu nicht erforderlich. Dafür wird dieser, soweit ihm durch solche Verfügungen der Ersatzanspruch aus der Hypothek vereitelt wird, von seiner Verpflichtung frei, und die gegen ihn bestehende Forderung erlischt.[17] Die Billigkeit erfordert, daß der Schuldner insoweit frei wird, als der Gläubiger durch seine Erfüllung verhindert, daß der Schuldner, wenn er zahlt, zur Sicherung seines Ersatzanspruches gegen den Eigentümer die Hypothek mit dem ursprünglichen Range erwirbt.[18]

Die kraft Gesetzes unter den Voraussetzungen der §§ 1164 und 1165 eintretende Befreiung von der persönlichen Schuldverbindlichkeit vollzieht sich nicht nur, wenn die Hypothek noch besteht und dem Schuldner als Ersatz dienen kann, sondern auch dann, wenn bei der Inanspruchnahme des persönlichen Schuldners die Hypothek infolge Ausfalls in der Zwangsversteigerung erloschen ist. Letzteres wird sogar die Regel sein, da nach der Auffassung des Verkehrs der Gläubiger sich in erster Linie an das Grundstück halten und nur bei unzureichender Realsicherheit zu deren Ergänzung die persönliche Haftung des Schuldners in Anspruch nehmen wird.[19]

Bezahlt ein Eigentümer, der zugleich ausgleichungsberechtigter Mitschuldner oder Mitbürge ist, den Gläubiger, so geht die Forderung, soweit er Ausgleichung verlangen kann, auf ihn über; im übrigen erlischt sie. Der befriedigende Eigentümer erlangt dann die Hypothek in Höhe des Ausgleichungsanspruchs als Hypothek, hinsichtlich des Ueberschusses als

17) Vgl. Oberneck, Bd. II, § 139, S. 250, Ziff. 4.
18) Prot. II, Bd. III, S. 610.
19) Vgl. RGZ. 58, 426 ff.

Grundschuld;[20] soweit die Forderung auf ihn übergegangen ist, erhält er eine Hypothek des Eigentümers, hinsichtlich des Restes eine Eigentümerhypothek.

§ 7.

Die Fälle der Befriedigung des Gläubigers durch einen Dritten, der weder Eigentümer des belasteten Grundstücks noch persönlicher Schuldner ist, können in zwei Gruppen geteilt werden, je nachdem die Befriedigung des Gläubigers durch den Dritten das Erlöschen der Forderung oder den Uebergang der Forderung auf den zahlenden Dritten zur Folge hat. Bei Erlöschen der Forderung nach § 362 Abs. 1 findet nur die dingliche Konfusion statt, indem eine Eigentümergrundschuld (da die Forderung untergegangen ist) zur Entstehung gelangt. Ob dem Dritten ein Anspruch gegen den Schuldner erwächst, ist nach dem Innenverhältnis zwischen beiden zu beurteilen. Erfolgt die Zahlung in der Absicht der Schenkung, dann entsteht ein Ersatzanspruch nicht; handelt der Dritte aber als Beauftragter oder als Geschäftsführer ohne Auftrag, so bestimmt sich sein Anspruch nach den entsprechenden schuldrechtlichen Vorschriften (§§ 670, 683 ff.). In der Regel wird jedoch eine Befriedigung durch den Dritten dann stattfinden, wenn dieser Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein (dingliches) Recht an dem Grundstück zu verlieren (vgl. § 268). Voraussetzung für den Eintritt des Ablösungsrechts zur Befriedigung des Gläubigers nach § 1150 ist, daß der Gläubiger die Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt. Schon die Kundgebung der Absicht, die dingliche Zwangsvollstreckung zu betreiben, reicht aus.

Soweit der ablösungsberechtigte Dritte den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über, ohne sich inhaltlich zu ändern. Ihr folgt die Hypothek nach § 1153 Abs. 1 i. V. mit den §§ 401 Abs. 1 und 412 mit der Maßgabe, daß bei teilweiser Befriedigung die Resthypothek des Gläubigers den Vorrang vor der Teilhypothek des Dritten hat (§ 268 Abs. 3). Die eintretende Unrichtigkeit des Grundbuchs muß der befriedigte Gläubiger beseitigen helfen, damit der Uebergang der Hypothek ins Grundbuch eingetragen werden kann.

In dem Falle, daß der Hypothekar durch einen ablösungs-

20) Vgl. Bruck, S. 197.

berechtigten Dritten befriedigt wird, kommt also weder eine obligatorische, noch eine dingliche Konfusion zustande.

§ 8.

a.

Die Gesamthypothek ist ein einheitliches Recht und setzt daher Identität der Forderung und des Gläubigers voraus. Eine Gesamthypothek liegt also nicht vor, wenn der Grundstückseigentümer auf seinen beiden Grundstücken Hypotheken für zwei verschiedene Forderungen, z. B. Darlehns- und Kaufgeldforderung, bestellt, da dann keine Einheitlichkeit der Forderung gegeben ist. Besonders müssen auch die Kündigungsbedingungen für alle Grundstücke gleich sein,[1] ein verschiedener Rang der Gesamthypothek auf den einzelnen Grundstücken stört dagegen die Einheitlichkeit nicht. Daraus ergibt sich, daß auf den verschiedenen Grundstücken auch eine verschiedene Hypothekenverzinsung möglich ist, denn eine zweitrangige Hypothek wird in der Regel, um einen höheren Anreiz zu bieten, auch mit einer besseren Verzinsung ausgestattet sein. Ferner würde es dem Wesen der Gesamthypothek widersprechen, wenn sie auf einem Grundbuchblatt als Verkehrs-, auf dem anderen als Sicherungshypothek eingetragen würde.[2]

Dies erhellt ferner aus der Grundbuchordnung. So ist nach § 49 GBO., wenn mehrere Grundstücke mit einem Recht belastet werden, auf dem Blatte jedes Grundstückes die Mitbelastung der übrigen von Amts wegen erkennbar zu machen. Zwar ist § 49 GBO. als Verfahrensvorschrift ohne materiellrechtliche Wirkung, doch kann der dieser Bestimmung zugrunde liegende Sinn bei der Auslegung herangezogen werden. Die Mitbelastung anderer Grundstücke muß auch auf dem Hypothekenbriefe vermerkt werden, da dieser ja einen Auszug aus dem Grundbuch enthalten soll (§ 57 GBO.). Da nun eine Sicherungshypothek stets brieflos ist (§ 1185), so könnte die Mitbelastung nicht vermerkt werden. Aehnliche Schwierigkeiten und Verwicklungen ergeben sich, wenn auf dem einen Grundstück eine Briefhypothek, auf dem andern eine brieflose Hypothek für dieselbe Forderung eingetragen wäre; auch dies ist daher nicht zulässig.

1) KGJ. Bd. 40 A, S. 299 f.
2) Vgl. RGZ. v. 3. 2. 09 in Bd. 70, S. 245, Biermann im Recht 1905, S. 265.

b.

Gegenstand der Gesamtbelastung überhaupt können auch Grundstücksbruchteile sein, wenn sie in dem Anteil von Miteigentümern stehen (§ 1114). Dies ist auch der Standpunkt der herrschenden Meinung.[3] Hypotheken, die verschiedene Bruchteile eines Grundstücks belasten, stehen in keinem Rangverhältnis zueinander.[4] Daraus folgt, daß der Grundstücksanteil eines Miteigentümers hinsichtlich der Belastung wie in selbständiges Grundstück behandelt wird. So kann der Gläubiger einer Anteilshypothek seine Befriedigung auch nur aus dem Anteil suchen, auf dem seine Hypothek lastet, nicht auch auf den nicht verhafteten Anteilen der anderen Miteigentümer. Mithin muß eine auf dem ganzen Grundstück, d. h. auf allen Miteigentumsanteilen, lastende Hypothek eine Gesamthypothek sein.

Inhaltlich sind die Miteigentümer im Gegensatz zum Alleineigentümer nur gemeinsam zur Ausübung ihrer Befugnisse berechtigt, denn der rechtliche Inhalt des Miteigentums unterscheidet sich von demjenigen des Alleineigentums dadurch, daß die Befugnisse, die sich aus dem Eigentum ergeben, nicht jedem einzelnen Miteigentümer, sondern nur allen zusammen zustehen; die Grenzen dieser Befugnisse regeln sich nach dem vorliegenden Innenverhältnis. So ist zur Bestellung einer Anteilshypothek derjenige Miteigentümer, um dessen Anteil es sich handelt, allein berechtigt; dagegen kann eine Hypothek auf einem Gesamtgrundstück wirksam nur von allen Miteigentümern bestellt werden, da nach § 747 über den gemeinsamen Gegenstand nur allen Miteigentümern zusammen die Verfügung zusteht. Wird also von den Miteigentümern eine Hypothek auf dem ganzen Grundstücke bestellt, so ist sie eine Hypothek auf dem Gesamtgrundstück und nicht etwa zugleich eine Hypothek auf den einzelnen Anteilen.

Damit ist das Bestehen einer Gesamthypothek auf den Bruchteilen von Miteigentümern als erwiesen zu erachten. Diese Tatsache ist nicht nur von theoretischer, sondern auch von praktischer Bedeutung, denn es finden auf diese Rechtsverhältnisse nun die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesamthypothek Anwendung. Eine Befriedigung des Gesamthypothekars durch alle persönlich schuldenden Eigentümer bewirkt das Entstehen einer Gesamteigen-

3) Biermann, Anm. 1 zu § 1132, Staudinger, Anm. 4 a zu § 1132, Lang, S. 253.
4) Beschluß des KG. v. 22. 5. 1919 in Bd. 52 KGJ. A. S. 213 ff, bes. S. 216/17.

tümerhypothek. Wenn dagegen nur ein Eigentümer die Befriedigung wegen der ganzen Forderung vornimmt, so erlischt nach § 362 Abs. 1 die Forderung, und er erwirbt die Hypothek (§ 1173 Abs. 1 Satz 1) als Eigentümergrundschuld (§ 1177 Abs. 1). An den anderen Grundstücken erlischt dagegen die Hypothek und etwaige nachfolgende Realberechtigte rücken auf. Dieselbe Wirkung tritt auch dann ein, wenn der Eigentümer eines mithaftenden Grundstücks die Gesamthypothek durch Rechtsgeschäft erwirbt, oder wenn sich Forderung und Schuld des mit der Gesamtbelastung verbundenen obligatorischen Rechtsverhältnisses in der Person eines Eigentümers vereinigen. Diese Fälle stehen einer Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer ausdrücklich gleich (§ 1173 Abs. 1).

Wenn das Bruchteilseigentum an einem belasteten Grundstück erst nach Bestellung der Einzelhypothek entsteht, ist die Hypothek dann, weil sie auf mehreren Grundstücken lastet, eine Gesamthypothek oder bleibt sie als Einzelhypothek bestehen? Diese Frage ist früher vom Kammergericht dahin entschieden worden, daß eine Gesamthypothek vorliegt,[5] auch eine Reihe namhafter Schriftsteller teilen diese Ansicht.[6]

Dem wiederspricht Eccius[7]: „Aus der Hypothek, mit der ein Grundstück belastet ist, entstehen, sobald das Eigentum am Grundstück in ideelle Teile zerlegt wird, so viele Hypotheken, als Eigentümer vorhanden sind. Gegenstand dieser Belastungen sind die quotativen Anteile der Miteigentümer am Grundstück, wie sie im § 1114 — in Erstreckung des Begriffs von Pfandrecht als Recht an einer Sache — insofern als zulässiger Gegenstand der Begründung einer Hypothek bezeichnet sind, als der Eigentümeranteil bei der Begründung bereits besteht. Auf dem Eigentumsanteil lastet die Hypothek als Gesamtpost. Werden nachher Teile vereinigt, tritt wieder ein Alleineigentümer ein, so kann das an der einmal am Eigentumsanteil begründeten Gesamthypothek nichts ändern; sie besteht als solche, nicht als Belastung der Sache, auch wenn das Grundstück zeitweilig einen einzigen Eigentümer hat. Ferner kann der Gläubiger aus jedem derzeitigen oder früher

5) KGJ. Bd. 30 A, S. 258 ff, v. 9. 3. 05.
6) Warneyer, Anm. 1 zu § 1132, Busch im RGRKomm., Anm. 1 zu § 1132, Kober bei Staudinger, Anm. 4 zu § 1132, Willenbücher, Anm. 1 zu § 1132, Planck, Anm. 1 a zu § 1132, Triebel in Güthes GBO. Anm. 3, I, Anm. 1 a zu § 49 GBO.
7) Vgl. Gruch. Beitr., Bd. 46, S. 728.

enstanden gewesenen Eigentumsanteil volle Befriedigung suchen.

Befriedigt ein Anteilseigentümer den Gläubiger, erwirbt er das Gläubigerrecht oder vereinigt sich in seiner Person Schuld und Forderung, so erlangt er die Hypothek nur an seinem Anteil. An den anderen Anteilen geht das dingliche Recht unter, wenn er nicht darlegen kann, daß er Ersatzansprüche an die andern Eigentümer oder deren Vorbesitzer hat."

Dadurch, daß das belastete Grundstück in das Miteigentum mehrerer nach Bruchteilen übergeht, verwandelt sich die einheitlich bestellte Hypothek nicht in eine Gesamthypothek.[8]

Dieser Ansicht, die wohl zunächst nicht die herrschende war, ist neuerdings das Kammergericht in seinem Beschlusse vom 14. 6. 1928[9] unter Aenderung seiner ursprünglichen Meinung beigetreten, weil die rechtliche Struktur einer Hypothek als Einzelhypothek durch den Uebergang des mit der Hypothek belasteten Grundstücks von einem Alleineigentümer auf mehrere Miteigentümer nach Bruchteilen eine Veränderung erfahre. Schon früher hat Meikel[10] die Meinung des Entstehens einer Gesamthypothek als verkehrsfeindlich bezeichnet. Denn der Verkehr unterscheide, ob Miteigentümer über ihren Anteil oder über die gemeinschaftliche Sache verfügen. Wenn Miteigentümer zusammen ein Grundstück mit einer Hypothek belasten, so sei eben das Grundstück, und nicht die Bruchteile, Gegenstand der Verfügung. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch habe das Bruchteilseigentum nicht dem Eigentum an Grundstücken gleichgestellt, sondern Anteilsberechtigungen gesondert geregelt (vgl. u. a. §§ 1066, 1095, 1106, 1114, 1192, 1199). Weil das Gesetz die einzelnen Fälle genau bezeichnet habe, wenn ein Grundstücksanteil mit Rechten belastet werden könne, so sei zu schließen, daß es nicht von der Voraussetzung ausgehe, daß schon an sich der Anteil am Stück einem Grundstück gleichzustellen sei.[11]

Die Teilung eines Grundstücks hat keinen Einfluß auf

8) Planck, Anm. 2 a zu § 1132, Levy in Gruch. Beitr., Bd. 59, S. 91, Goldmann-Lilienthal, Bd. II, § 72, Anm. 26, Predari, Erl. 5 zu § 49 GBO.

9) Vgl. Recht 1928, S. 586, Iahrb. d. dtsch. Rechts 1928, S. 232, DJZ. 1928, S. 1198.

10) im Recht 1914, S. 346.

11) Derselben Meinung sind auch Siméon-David, S. 222, Kretzschmar in JW. 1915, S. 771.

Gegenstand und Inhalt des hypothekarischen Rechts, dessen Wesen durch die Teilung des Grundstücks keine Aenderung erfährt. Es zeigt sich dies auch in der Praxis der Grundbuchämter, die im Falle der Grundstücksteilung in den Hypothekenbrief nur den Vermerk aufnehmen, daß die Parzellen X und Y als neues Grundstück abgeschrieben (aber nicht entpfändet) worden sind. Der Brief wird außerdem nicht in einen Gesamthypothekenbrief umgewandelt, sondern bleibt als Brief über die Einzelhypothek bestehen.

c.

Der Vorschrift des § 1163 für die Einzelhypothek ist der § 1172 Abs. 1 für das Gesamtgrundpfandrecht nachgebildet: „Eine Gesamthypothek steht in den Fällen des § 1163 den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu." Eine Bestimmung des Begriffs „Gemeinschaft" hat aber das Bürgerliche Gesetzbuch für diesen Fall nicht getroffen. Die Interpretation ist daher Sache der Auslegung, die in der Literatur außerordentlich verschieden lautet.

Die Mehrzahl der Schriftsteller nimmt das Vorliegen einer Gesamtheit zur gesamten Hand an.[12] Die Gesamtgrundschuld ist zugleich Gesamt h a n d s grundschuld. Keiner der Eigentümer kann über sie oder über seinen Anteil daran verfügen; insbesondere kann keiner die Grundschuld, soweit sie an seinem Grundstück besteht, löschen lassen oder übertragen. Der Gläubiger des einzelnen Eigentümers kann sie nicht pfänden. Jeder Gesamthänder darf aber aus der Gesamthand ausscheiden und seinen Anteil an der Gesamtgrundschuld in eine Einzelgrundschuld verwandeln. Er erwirbt dann an seinem Grundschuld die Grundschuld für einen Teilbetrag, entsprechend dem Wert seines Grundstücks im Verhältnis zum Gesamtwert aller (§ 1172 Abs. 2). Das Gesamtgrundpfandrecht steht nicht jedem Eigentümer in einer bestimmten Quote zu wie bei der Gemeinschaft nach Bruchteilen, sondern es können alle nur gemeinsam und einheitlich darüber verfügen,[13] solange die grundbuchmäßige Aufteilung nicht stattgefunden hat. Eine solche Verfügung ist auch in der Rangänderung, einer Verpfändung usw. zu erblicken. Die Auseinandersetzung muß entsprechend dem Charakter des Ge-

12) Biermann (Bem. 1 zu § 1172), Bruck (S. 201 ff.), Horn (S. 179), Gierke (II § 167 Nr. V, 7), Hachenburg, Beiträge, (S. 141), Meisner (III S. 259), von Tuhr (§ 3 S. 91, 42), Kober (bei Staudinger, Anm. 1 b zu § 1172), Willenbücher (Bem. 1 zu § 1172), Wolff (bei Enneccerus-Kipp-Wolff, § 148, VII, 1) u. a.

13) Kober bei Staudinger, S. 1251.

samtgrundpfandes in der Weise erfolgen, daß nach der Verteilung auf die einzelnen Grundstücke die Belastungen zusammengerechnet keinesfalls mehr ausmachen als vorher die Gesamthypothek; es muß also unter allen Umständen die Summe der verteilten einzelnen Eigentümerhypotheken dem Betrage der Gesamteigentümerhypothek entsprechen. Diese Sachlage ändert sich auch nicht, wenn zufällig das eine oder andere Grundstück von Nachbelastungen frei ist, denn auch dann würde eine unzulässige Vervielfältigung der Gesamtposten stattfinden, was dem Grundsatz der Einheit der Gesamtbelastung widerspricht. Jedes Mitglied der Gemeinschaft der Eigentümer kann jederzeit die Zuteilung verlangen und scheidet mit dieser aus der Gemeinschaft aus, mögen die andern Eigentümer diese fortsetzen oder nicht; um den zugeteilten Betrag vermindert sich das Gesamteigentümergrundpfandrecht.[14] Die Gemeinschaft besitzt zwar keine eigene selbständige Persönlichkeit, aber das Gesamtgut ist insofern selbständig, als es der Einwirkung der einzelnen Gemeinschafter doch entzogen ist, einer besonderen Verwaltung unterliegt und seinen Wesen nach seine eigenen Rechte und Pflichten haben kann. Ferner ist das Gesamtgut von dem Privatvermögen der einzelnen Gemeinschafter derart gesondert, daß bezüglich des Gesamtguts mit den einzelnen Gemeinschaftsmitgliedern ein Rechtsverkehr wie mit einem Dritten stattfinden kann. Schließlich sind im Prozeß alle Eigentümer notwendige Streitgenossen (§ 62 ZPO.).

Demgegenüber betrachten Triebel und andere[15] eine Gemeinschaft nach Bruchteilen gemäß §§ 741 ff. als vorliegend, nur sind die Bruchteile, wenn nichts anderes bestimmt ist, nicht als gleiche anzusehen, sondern bestimmen sich, wie aus § 1172 Abs. 2 hervorgeht, nach dem Verhältnis des Wertes jedes einzelnen Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke.

Wenn ein Recht mehreren gemeinschaftlich zusteht, finden nach § 741, sofern sich nicht aus dem Gesetz „ein anderes" ergibt, die Vorschriften der §§ 741—758 Anwendung. Ein anderes ergibt sich, wenigstens im allgemeinen, aus § 1172 nicht. Folglich sind nach den eben angeführten Schriftstellern

14) Bruck, S. 204, Horn, S. 180.
15) Güthe-Triebel, Bem. 14 zu § 22 GBO., Predari, Bem. 4 a zu § 22 GBO., Neumann, Bem. II, 1 a zu § 1172, Busch im RGRKomm. S. 622, Anm. 1, Tappen, S. 52 u. a.

auf diese Gemeinschaft die genannten Vorschriften anzuwenden. Es wird jedem Eigentümer die Verfügung über seinen Anteil, noch bevor eine Aufteilung stattgefunden hat, freigestellt. Er kann ihn veräußern, belasten, löschen lassen, während er bei der Gesamthand die Verteilung abwarten muß.

Diese Auffassung vom Vorliegen einer Bruchteilsgemeinschaft wird man sich jedoch nicht zu eigen machen können. Denn in der Vorschrift des § 1172 Abs. 2 und den allgemeinen Grundlagen für die Gesamthypothek läßt sich eine von der Bruchteilsgemeinschaft abweichende Regelung sehen. Eine Quotenteilgemeinschaft besteht vor der Auseinandersetzung der einzelnen Eigentümer nicht. Diese wird vielmehr gerade erst durch die Teilung geschaffen, die jedem Mitgliede die Ausscheidungsmöglichkeit und Verfügungsberechtigung über seinen Anteil gewährt. Vor der Teilung der Eigentümergemeinschaft liegt noch eine einheitliche Gesamthypothek vor. Daher ist jede Verfügung der Zustimmung der übrigen Gemeinschaftsmitglieder unterworfen. Die Zuteilung des Anteils an das ausscheidende Mitglied kann eine gesetzliche oder gewillkürte sein; erstere ergibt sich aus der Regel des § 1172. Bei der gewillkürten ist die Erklärung sämtlicher Eigentümer, denen die Gesamtpost zusteht, und die Eintragung ins Grundbuch erforderlich (vgl. §§ 873, 876, 878).

Eine dritte Meinung, die von Planck (Anm. 3 b zu § 1172), Oberneck (§ 151 Ziff. 6, I, S. 891) und Brinck (S. 149 ff.) vertreten wird, geht dem Streit, ob ein Gesamthandsverhältnis oder eine Bruchteilsgemeinschaft vorliegt, dadurch aus dem Wege, daß sie eine Gemeinschaft besonderer Art als vorliegend erachtet. Die für diese besondere Gemeinschaft geltenden Grundsätze sollen einerseits aus der Natur des gemeinschaftlichen Rechts, andererseits aus den über einzelne Fragen gegebenen besonderen Vorschriften abzuleiten sein. Ueber sein Anteilsrecht kann der einzelne Eigentümer verfügen (in dieser Bezeihung nähert sich die Gemeinschaft der Bruchteilsgemeinschaft). Dagegen ist zu allen Verfügungen über die Hypothek im ganzen, Uebertragung, Belastung, Inhalts- oder Rangänderung usw. die Mitwirkung aller Eigentümer nötig, was wieder aus dem Gesamthandsverhältnis entlehnt ist.

Diese Ansicht entbehrt wohl der folgerichtigen Einordnung in die vorhandenen Rechtsnormen und schafft willkür-

lich eine neue Konstruktion. Solange die Möglichkeit besteht, ein Rechtsverhältnis in eine bestimmte gesetzliche Form einzupassen, muß man, eventuell mit Hilfe des Analogieschlusses, die bestehenden Rechtsnormen anzuwenden suchen; erst wenn diese versagen, kann man zu neuen Konstruktionen greifen. Diesen Grundsatz scheinen Planck und Oberneck verletzt zu haben, wenn sie ein Konglomerat von Bruchteilsgemeinschaft und Gesamthandsverhältnis konstruieren, denn wie sich aus den beiden ersten Ansichten ergibt, läßt sich die Gemeinschaft des § 1172 Abs. 1, wie man sich auch zu ihr stellen mag, sehr wohl in eine gesetzliche Kategorie einrangieren.

Für die Praxis ist es völlig belanglos, welche der drei vorgenannten Theorien oder der zahlreichen Modifikationen angenommen wird. Denn nach § 48 GBO. soll die Eintragung, falls ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden soll, in der Weise erfolgen, daß entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden, oder daß das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird. Somit können in der Praxis Schwierigkeiten irgendwelcher Art nicht entstehen.

§ 9.

Ist der den Gesamthypothekar Befriedigende Alleineigentümer aller belasteten Grundstücke, so kann man diese Grundstücksmehrheit als eine Einheit auffassen, auf der eine Hypothek eingetragen steht. Die Wirkung der Befriedigung, der obligatorischen und der dinglichen Vereinigung, ist dann dieselbe wie bei der Einzelhypothek. Allerdings erwirbt der Eigentümer nicht an jedem Grundstück ein besonderes dingliches Recht, wenn er befriedigt (§ 1163 Abs. 1 Satz 1), vielmehr nur an sämtlichen Grundstücken zusammen ein Gesamtrecht, und zwar nach § 1177 Abs. 1 Satz 1 eine Gesamtgrundschuld. Wenn der Eigentümer statt des Gesamtrechts an jedem einzelnen Grundstücke eine Hypothek erwerben würde, dann würden seine Rechte nicht unerheblich erweitert werden, denn die Lage der gleich- oder nachstehenden Berechtigten verschlechtert sich dadurch ohne gerechtfertigten Grund dem Hypothekar gegenüber. Daß im Falle der Befriedigung des Gesamthypothekars durch den Alleineigentümer die §§ 1163 und 1143, nicht § 1173, Anwendung

finden, darüber herrscht in der Literatur Einstimmigkeit.[1]

Zu demselben Ergebnis kommt man auch bei einer analogen Anwendung der Vorschrift des § 1173, nach der eine Gesamthypothek in den Fällen des § 1163 den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zufällt. Für diese Konstruktion tritt Turnau-Förster ein.

Schuldrechtlich bewirkt also die Befriedigung des Gesamthypothekars durch den persönlich schuldenden Alleineigentümer gemäß § 362 Abs. 1 das Erlöschen der Forderung, dinglich findet jedoch eine Konfusino der Gesamteigentümergrundschuld mit dem Alleineigentum statt.

Häufig kommt es vor, daß dem Darlehnsgeber die Sicherheit eines Grundstücks nicht genügt, und er nur gegen eine Gesamthypothek Kredit gewähren will. Wenn nun der Darlehnsnehmer nur ein Grundstück besitzt, würde sich infolgedessen das ganze Geschäft zerschlagen. Es ist daher zulässig, daß eine Gesamthypothek auf verschiedenen Grundstücken lastet, auch wenn diese verschiedenen Eigentümern gehört.

Singemäß gilt dasselbe, wenn von einem mit einer Hypothek belasteten Grundstück ein Teil abverkauft wird, auf dem die Hypothek aber weiter bestehen soll. Auch bei diesem Vorgang, der sogenannten Parzellierung, ist die Hypothek eine Gesamthypothek. Daß für dieses neue Grundstück nach § 3 GBO. ein besonderes Grundbuchblatt angelegt werden muß, hat materiellrechtlich nichts zu besagen, doch ist es eine gewisse Bestätigung der Meinung, daß dann eine Gesamthypothek vorliegt.

Die Gesamthypothekenschuldner stehen zu dem Gesamthypothekar obligatorisch und die Grundstücke dinglich in einer gesamtschuldnerischen Gemeinschaft, die nach Cosack[2] sogar genau der Gesamtschuld des Obligationsrechts entspricht; denn der Gläubiger ist ja berechtigt, von jedem die ganze Leistung (allerdings nur einmal im ganzen, da er darüber hinaus ungerechtfertigt bereichert wäre) zu fordern.[3] Dinglich ist der Gläubiger nach § 1132 Abs. 2 berechtigt, den Betrag der Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke in der Weise zu verteilen, daß jedes Grundstück nur für den

1) Vgl. u. a. Planck, Anm. 2 a zu § 1173, Predari, S. 445, Busch im RGRKomm., Anm. 2 zu § 1173, Warneyer, Anm. I zu § 1173, Fuchs, Erl. 6 a zu § 1173, Goldmann-Lilienthal, § 77, IV, S. 533.

2) Bd. II, § 88, S. 326.

3) Vgl. Hachenburg, Beiträge, S. 140 f., Kober in Staudingers Komm., Anm. I, 2 c zu § 1132.

zugeteilten Betrag haftet. Auch die Verteilung der ganzen Hypothek auf ein Grundstück ist infolgedessen gestattet. Diese Verteilungsmöglichkeit ist aber nur ein Recht des Gläubigers, keineswegs etwa eine Pflicht, auf die der Schuldner einen Anspruch hat. So gilt zugunsten des Gläubigers ein strenges Solidarprinzip. Irgendeine Rücksichtnahme braucht der Hypothekar weder den Eigentümern noch den gleich- oder nachstehenden Berechtigten gegenüber zu zeigen. Durch die Verteilung gibt der Gesamthypothekar teilweise die Gesamtpost auf, indem die Belastung jedes einzelnen Grundstücks auf den Betrag der verteilten Summe beschränkt wird. Das Wahlrecht des Gläubigers, kraft dessen er jedes der haftenden Grundstücke zur Befriedigung in Anspruch nehmen kann, wirkt besonders gefährdend gegenüber Gläubigern von der Gesamthypothek im Range gleich- oder nachstehenden Belastungen. Dadurch, daß der Gesamthypothekar aus dem einen Grundstück volle Befriedigung suchen kann, bewirkt er nämlich, daß unter Umständen die nachstehenden Realgläubiger bei der Zwangsversteigerung ausfallen, während die übrigen mithaftenden Grundstücke nach § 1181 Abs. 2 infolge der Befriedigung von der Haftung frei werden und somit einen unberechtigten Vorteil genießen. Dieser vielleicht ungerechten Verschiebung suchen die Bestimmungen der §§ 1172—1175, 1181, 1182 zu begegnen; auch das Ablösungsrecht des § 1150 wahrt das Interesse der nachstehenden Hypothekengläubiger.

Die Verteilung der Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke stellt sich ihrer Konstruktion nach als ein Verzicht auf das Pfandrecht in einer gewissen Höhe dar. Diese ergibt sich aus der Differenz zwischen dem Betrag der Gesamtpost und der verteilten Summe, kann also falls die Verteilung der ganzen Hypothek auf ein Grundstück erfolgt, gleich null sein, falls einzelne Grundstücke von der Haftung ganz frei gelassen werden, den Betrag der Gesamtbelastung erreichen.

Der Verzicht bedarf zu seiner Wirksamkeit der Eintragung ins Grundbuch, die auf Grund einer einseitigen Verzichtserklärung des Aufgebenden erfolgt. Mit der Eintragung erlischt die Hypothek in Höhe des Betrages, auf den verzichtet ist, ohne daß eine Zustimmung des Eigentümers nötig ist. Jedoch bleibt die persönliche Forderung, die der Gesamt-

belastung zugrunde liegt, an sich unberührt. Der Teil der Gesamthypothek, auf den wirksam verzichtet ist, fällt den Grundstückseigentümern nach § 1177 Abs. 1 Satz 1, da forderungslos, als Gesamtgrundschuld zu, wobei wieder durch Aufgehen des schwächeren, beschränkteren Rechts in dem freien, stärkeren die dingliche Konfusion zutage tritt. Die Eigentümergrundschuld kann nicht zum Nachteile der dem Gesamthypothekar verbleibenden Gesamthypothek geltend gemacht werden (§ 1176). Verzichtet der Gläubiger auf einen Teil der Gesamtbelastung nur an einzelnen Grundstücken, während er sie an andern voll bestehen läst, so erlischt die Gesamthypothek in Höhe des Verzichts an den Grundstücken, auf die sich der Verzicht erstreckt. Wenn also der Verzicht für alle Grundstücke bis auf eins ausgesprochen wird, dann wandelt sich die Gesamthypothek in eine Einzelhypothek um, da ja nur noch ein Grundstück der dinglichen Haftung unterworfen ist. Bei der Verteilung der Gesamthypothek sind für jedes Grundstück gesonderte Briefe zu bilden, was sich aus der Natur des Hypothekenbriefes als Auszuges aus dem Grundbuch ergibt.

Obligatorisch ist die Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person des Gesamtschuldners für sich allein ohne Einfluß auf die Rechte und Verbindlichkeiten der übrigen Gesamtschuldner, bei denen keine Konfusion eingetreten ist. Der eigentliche Grund der Aufhebung des Schuldverhältnisses durch Vereinigung, daß nämlich niemand sein eigener Gläubiger oder Schuldner sein kann, trifft für die anderen Gesamtschuldner nicht zu, vielmehr bleibt die Wirkung der Vereinigung auf den Gesamtschuldner beschränkt, in dessen Person sie erfolgt ist. Sind die Gesamtschuldner untereinander zur gegenseitigen Ausgleichung verpflichtet, so können sie, da in ihren Personen keine Konfusion eingetreten ist, den Nachteil an der Gesamtschuld abrechnen, der durch Vereinigung in der Hand eines andern Gesamtschuldners untergegangen ist.[4]

Sind also mehrere befriedigende Eigentümer vorhanden, so greift der Grundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuches ein, daß die Hypothek regelmäßig den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinsam zufällt. Für die Fälle des § 1162 (Nichtentstehen der persönlichen Forderung, Erlöschen der

4) Vgl. Mot. II, S. 166 u. § 426.

Forderung) wird dies im § 1172 ausdrücklich ausgesprochen. Für die Fälle des § 1143 Abs. 1 (Uebergang der Forderung auf den Eigentümer) folgt es aus analoger Gesetzesanwendung. Nach der Regel des § 1172 müßte die Gesamthypothek mit oder ohne Forderung den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zufallen. Davon macht jedoch § 1173 eine Ausnahme: Als Erwerber von Rechten des bisherigen Gläubigers kommt allein der befriedigende Eigentümer in Betracht und zwar gleichgültig, ob er auch persönlicher Schuldner des Gläubigers ist oder nicht. Hieraus ergibt sich:

Haftet eine Hypothek auf mehreren, verschiedenen Eigentümern gehörigen Grundstücken, und befriedigen alle Eigentümer gleichzeitig und gemeinsam den Gesamthypothekar, so erwerben sie nach §§ 1163, 1172 die Gesamthypothek als Eigentümergesamthypothek, und, wenn sie alle persönliche Schuldner waren, infolge Unterganges der Forderung als Grundschuld (§ 1177 Abs. 1).

Obligatorisch erlischt also die Forderung und dinglich tritt Konfusion des schwächeren Rechts (der Eigentümergesamtgrundschuld) mit dem stärkeren Recht (Eigentum) ein. Befriedigt nur ein Eigentümer den Hypothekar wegen seiner Gesamtforderung, so erlischt durch Vereinigung die persönliche Schuld an seinem eigenen Grundstück, und er erwirbt nach § 1173 daran die Hypothek, während sie an den übrigen Grundstücken erlischt, wodurch die Nachhypothekare vorrücken. Bei teilweiser Befriedigung hat die dem Gläubiger verbleibende Gesamthypothek den Vorrang vor dem Eigentümerrecht.

Für den zahlenden Eigentümer kommt, je nachdem, ob er Ersatzansprüche hat oder nicht, ein verschiedener Hypothekenerwerb in Betracht. Immer findet der Erwerb des dinglichen Rechts am eigenen Grundstück statt (§ 1173 Abs. 1), ohne Rücksicht auf Ersatzansprüche. Wie das dingliche Recht erworben wird, hängt davon ab, ob der Eigentümer auch persönlicher Schuldner ist. Die Vorschriften des § 1173 regeln nur das Schicksal der Hypotheken. Für die persönliche Forderung gelten die Grundsätze des Schuldrechts (§ 362) oder die Sondervorschriften des § 1143 Abs. 1.

Soweit der befriedigende Eigentümer keinen Ersatz verlangen kann, erwirbt er die Hypothek an seinem eigenen

Grundstück als Einzelhypothek unter gleichzeitiger Umwandlung in eine Grundschuld; an den übrigen Grundstücken erlischt die Hypothek. Es ist also möglich, daß die Hypothek zu dem einen Teil als Gesamthypothek weiterbesteht, zu dem andern aber zur Grundschuld wird. Dies würde aber dem Wesen der Gesamthypothek widersprechen und findet in § 1173 keine Stütze.

Eine Analogie dazu findet sich in der Vorschrift des § 1175 Abs. 1 Satz 2. Wenn nämlich der Gesamthypothekar auf die Hypothek nur an einem einzelnen Grundstück verzichtet, so erwirbt nicht dessen Eigentümer die Hypothek, wie beim Verzicht des Gläubigers auf eine Einzelhypothek (§ 1168 Abs. 1), sondern die Hypothek an dem einzelnen Grundstück erlischt. Will daher der Hypothekengläubiger die Eigentümerhypothek einem Eigentümer allein voll zuwenden, so muß er den Verzicht gewissermaßen wie die Hypothek verteilen, d. h. der Verzicht muß nach und nach für alle Grundstücke ausgesprochen werden bis auf das, dessen Eigentümer die Hypothek zugewendet werden soll. Dadurch wird diese eine Einzelhypothek, deren Umwandlung in eine Eigentümerhypothek in Höhe der ursprünglichen Gesamthypothek nunmehr nichts im Wege steht.

Kann jedoch der zahlende Eigentümer von dem Eigentümer eines andern Grundstücks oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen, so geht in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstück dieses Eigentümers auf ihn über; sie bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstück Gesamthypothek (§ 1173 Abs. 2). Voraussetzung ist also, daß ein Ersatzanspruch für den Befriedigenden besteht; er kann auf Vertrag und Gesetz beruhen.[5]

Bei Befriedigung des Hypothekars durch den persönlich zahlenden Eigentümer eines Grundstücks erlischt die Forderung nach § 362 Abs. 1; die Hypothek geht nach § 1173 auf den Befriedigenden über, verwandelt sich, da sie der Forderung entbehrt, in eine Grundschuld (§ 1177 Abs. 1) und bewirkt so die dingliche Konfusion (obligatorisch ist eine Vereinigung infolge Erlöschens des Schuldverhältnisses unmöglich geworden). Hatte nun der Befriedigende Ersatzansprüche gegen einen Eigentümer anderer Grundstücke, so verschmilzt die Eigentümergrundschuld an seinem Grundstück mit der zur

3) Vgl. oben S. 22.

Sicherung des Ersatzanspruchs auf ihn übergehenden Hypothek am Grundstück des Ersatzverpflichteten zu einer Gesamthypothek (§ 1173 Abs. 2 letzter Satz).

Die rechtliche Natur dieser „Gesamthypothek" ist in der Literatur sehr bestritten. Die Eigentümerpost des befriedigenden Eigentümers ist, da forderungslos, ihrem Wesen nach eine Grundschuld und soll sich nach der ausdrücklichen Gesetzesbestimmung des § 1173 Abs. 2 mit der Hypothek, der die Ersatzforderung zugrunde liegt, zu einer Gesamthypothek vereinigen; dies widerspricht jedoch dem Wesen der Gesamthypothek, die nicht zwei verschiedene Forderungen als Unterlage haben und auch nicht an einem Grundstück Hypothek, am andern Grundschuld sein kann. Da aber das Gesetz von einer Gesamthypothek spricht, muß man annehmen, daß der Gesetzgeber d e n Sinn in diese Vorschrift hineinlegen wollte, daß nur die Regeln über die Gesamthypothek Anwendung finden sollen. Für diese Ansicht setzt sich besonders Biermann[6] ein: „Es muß daran festgehalten werden, daß eine Gesamthypothek Einheitlichkeit der Forderung voraussetzt. Eine Gesamthypothek mit einer Mehrheit von Forderungen ist begrifflich unmöglich, das nach § 1173 Abs. 2 entstehende Rechtsverhältnis ist also keine Gesamthypothek. Aber selbstverständlich ist das Gesetz nicht gehindert zu befehlen, auf ein Rechtsverhältnis, das keine Gesamthypothek ist, die Regeln der Gesamthypothek anzuwenden, eine Gesamthypothek zu fingieren. Und damit dürfte der Sinn des § 1173 Abs. 2 getroffen sein... Das Gesetz sagt freilich, sie b l e i b t... Gesamthypothek. Da aber dieser Ausdruck doch unter keinen Umständen wörtlich verstanden werden kann — denn das, was sie war, bleibt die Gesamthypothek nach niemandes Meinung — so wird man auf diese Differenz im Ausdruck kein entscheidendes Gewicht legen dürfen." Es ist dies die beste Lösung, die allen bestehenden Schwierigkeiten am ehesten gerecht wird. Anhänger dieser Meinung sind noch, im wesentlichen wenigstens, Gierke (§ 167 S. 938), Oberneck (§ 151, 5 b), Endemann (§ 124 S. 819), wohl auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung im 81. Bande (S. 79). Turnau-Förster (S. 710 Anm. 5 zu § 1173) und Fuchs (Anm. 9 zu § 1173) wollen nicht die Ersatzforderung, sondern die ursprüngliche Forderung durch die bestehenbleibende Gesamthypothek ge-

6) Im Recht 1905, S. 267 ff.

sichert wissen, ohne zu bedenken, daß die alte Forderung durch die Zahlung seitens des persönlich schuldenden Eigentümers doch untergegangen ist.

Auch die von Planck (S. 1015 Anm. 4 b β zu § 1173) vertretene Ansicht, daß die Ersatzforderung mit der der Gesamthypothek zugrunde liegenden Forderung verbunden ist, kann insofern nicht befriedigen, als doch für die Eigentümerhypothek des zahlenden Eigentümers keine Ersatzforderung bestehen kann, sondern diese Forderung durch Tilgung erloschen ist. Man könnte höchstens noch die Fiktion vertreten, daß die Eigentümerhypothek nach Umwandlung in eine Grundschuld wieder mit einer Forderung, nämlich der Ersatzforderung, bekleidet werde. Dies erscheint aber zu konstruiert, weshalb Biermanns Standpunkt zu folgen ist.

Die Normen des § 1173 dienen zum Schutze gleich- oder nachstehender Gläubiger. Das Entstehen einer besonderen Hypothek für den Ersatzanspruch des befriedigenden Gläubigers an Stelle der Gesamthypothek ist nicht möglich, da in diesem Falle der Betrag der Gesamthypothek vervielfältigt, also eine empfindliche Schädigung der nachstehenden Berechtigten eintreten würde.

Bei nur teilweiser Befriedigung verbleibt dem Gläubiger der Rest der Gesamthypothek mit dem Vorrang vor dem auf den befriedigenden Eigentümer übergehenden Teil (§ 1176).

Ist die Ersatzforderung geringer als der Gesamtbetrag der Hypothek, so erlischt die Gesamthypothek verhältnismäßig (§ 1173 Abs. 2: „in Höhe des Ersatzanspruches"). Insoweit die Hypothek am eigenen Grundstück die Rückgriffshypothek übersteigt, ist sie Einzelhypothek in der Hand des Eigentümers.[7]

Die zum Schutze des persönlichen Gläubigers in § 1165 gegebenen Bestimmungen finden auch zugunsten des ersatzberechtigten Eigentümers entsprechende Anwendung, so daß letzterer, wenn der Gläubiger durch sein Verhalten den Ersatzanspruch vereitelt oder beeinträchtigt, gegen den hypothekarischen Anspruch des Gläubigers insoweit eine Einrede hat, als er ohne den Verzicht des Gläubigers aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können.[8] In der zweiten Kommission war man sich hierüber einig,[9] hat aber von der Einfügung

7) Fuchs, Anm. 11 zu § 1173, Turnau-Förster, Anm. 5 zu § 1173.
8) Vgl. Böhm, S. 291 E.
9) Prot. III, S. 636, III.

einer entsprechenden Bestimmung abgesehen, um das Bürgerliche Gesetzbuch nicht unnötig mit kasuistischen Bestimmungen zu belasten, und weil ein solcher Fall äußerst selten eintreten wird. Will also ein Gesamthypothekar auf die Hypothek an einem der haftenden Grundstücke verzichten, so wird er gut tun, vorher festzustellen, ob der Eigentümer dieses Grundstücks oder ein Rechtsvorgänger desselben einem der Eigentümer der übrigen Grundstücke ersatzpflichtig ist.[10]

Befriedigt der Ersatzpflichtige den Ersatzberechtigten, so erlischt in Höhe des Anspruchs die Gesamthypothek an dem Grundstück des Ersatzberechtigten und geht in diesem Betrage auf den Ersatzpflichtigen als Eigentümergrundschuld entsprechend den Bestimmungen des § 1173 Abs. 1 über. Ebenso verhält es sich, wenn das Gläubigerrecht des Ersatzberechtigten auf den ersatzpflichtigen Eigentümer übertragen wird, oder wenn sich Ersatzforderung und Ersatzschuld in der Person des ersatzpflichtigen Eigentümer-Schuldners vereinigen.

Wie bei der Einzelhypothek, ist auch bei der Gesamthypothek der Erlaß des Ausschlußurteils (§§ 1170, 1171) Befriedigungsmittel. Als solches ist ebenfalls der Erlaßvertrag (§ 397) anzusehen.[11] Diese Meinung teilen u. a. Brinck (S. 103 ff.), Planck (Anm. 2 b zu § 1173), Triebel (in Güthes GBO., I, S. 590, für die Einzel-, analog also auch für die Gesamthypothek). Die Wirkung des Erlaßvertrages ist die, daß der Gläubiger künftig weder persönlich noch dinglich klagen kann. Beim Erlaßvertrage sollen dem Schulnder nach den Vereinbarungen die Vorteile zufallen, die er durch die materielle Befriedigung des Gläubigers erlangt hätte. Es findet deshalb auch derselbe Hypothekenerwerb statt, wie wenn die Befriedigung durch Zahlung vorgenommen worden wäre: Die Vorschriften des § 1173 sind anzuwenden. § 1172 scheidet aus, weil dadurch den gar nicht beteiligten andern Eigentümern durch Erwerb der gemeinschaftlichen Eigentümerhypothek unberechtigte Vorteile zufallen würden. Ist der Schuldner, dem die Schuld erlassen wird, gleichzeitig Eigentümer eines der mit der Gesamthypothek belastenden Grundstücks, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstück; an den übrigen erlischt sie.

10) Turnau-Förster, Anm. 9 zu § 1173.
11) Vgl. oben S. 4, 26 ff.

Dagegen kann der Verzicht der Befriedigung nicht gleichgesetzt werden. Verzichtet der Gesamthypothekar auf die Gesamthypothek an dem Grundstück eines ersatzpflichtigen Eigentümers ganz oder zu einem Teil, so bewirkt er die Entstehung eines Gesamtgrundpfandrechts für die Gemeinschaft der Eigentümer in der entsprechenden Höhe (§ 1175 Abs. 1 Satz 1) und ruft so wiederum dingliche Konfusion hervor. Bei teilweisem Verzicht beschränkt sich die Entstehung des Grundpfandrechts auf die Höhe des ausgesprochenen Verzichts. Die Rangverhältnisse bestimmen sich dann nach § 1176: Die Eigentümerpost muß den Vorrang der Resthypothek des Gesamtgläubigers dulden.

Erstreckt sich der Verzicht des Hypothekars nur auf die Hypothek an einem der verhafteten Grundstücke, so tritt keine dingliche Konfusion ein, sondern die Hypothek erlischt an diesem Grundstücke (§ 1175 Abs. 1 Satz 2). Die Bestimmungen des § 1175 Abs. 1 finden auch Anwendung, wenn der Gesamtgläubiger nach § 1170 im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen wird.

In der Praxis kommt ein Verzicht im Sinne des § 1175 Abs. 1 Satz 2 häufig bei der pfandfreien Abschreibung eines Trennstückes des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks vor. Die Zulässigkeit des Verzichts auf eine Hypothek an einem Bruchteilsgrundstück ergibt sich aus dessen Selbständigkeit. Dingliche Wirkung hat der Verzicht nur im Falle seiner Eintragung im Grundbuche; ein Verzicht auf die obligatorische Forderung braucht darin nicht notwendig zu liegen.

§ 10.

Wenn bei Verschiedenheit von Eigentümer und persönlichem Schuldner (über die Entstehung dieses Falles vgl. oben S. 18 f.) der Gesamthypothekar befriedigt wird, so ist wieder zu unterscheiden, ob dem Befriedigenden alle belasteten Grundstücke gehören oder nicht. Ist er Alleineigentümer und befriedigt er den Gesamthypothekar, so geht die Forderung auf ihn über (§ 1143 Abs. 1). Das Schicksal der Gesamthypothek ergibt sich nach § 1143 Abs. 2 aus § 1173: Sie folgt der Hypothek und bewirkt dingliche Konfusion. Da der Befriedigende hier Alleineigentümer aller belasteten Grundstücke ist, muß er die Hypothek an allen Grundstücken als

Gesamthypothek, bekleidet mit der auf ihn übergegangenen Forderung, erwerben, nicht etwa als Einzelrechte an den einzelnen Grundstücken.

Eine Vereinigung von Forderung und Schuld ist nicht möglich, da unterstellt war, daß Eigentümer und persönlicher Schuldner verschieden sind.

Die Befriedigung des Gesamthypothekars, der an mehreren, verschiedenen Eigentümern gehörigen Grundstücken Rechte besitzt, hat, wenn alle nicht persönlich schuldenden Eigentümer die Befriedigung gemeinsam vornehmen, ebenfalls zur Folge, daß allen nach den §§ 1143, 1173 die Forderung des Gläubigers gemeinschaftlich zufällt und die Gesamthypothek bekleidet. Die Leistung an den Gläubiger muß allerdings von allen wirklich gemeinsam erfolgen, und nicht etwa in der Weise, daß der eine vielleicht nur im Namen des andern leistet. Ist also die Bezahlung durch nur eine Person geeignet, ihr einen Hypothekenerwerb zu verschaffen, so tritt bei der gemeinsamen Befriedigung ein gemeinschaftlicher Erwerb ein.

Eine nur teilweise Befriedigung des Gesamthypothekars durch die Gemeinschaft der nicht persönlich schuldenden Eigentümer zieht komplizierte Rangverhältnisse nach sich, besonders, wenn allen oder einzelnen Eigentümern Ersatzansprüche zustehen.

Befriedigt nur ein Nichtalleineigentümer den Hypothekar, so geht nach § 1143 die Forderung an seinem Grundstück auf ihn über, und nach § 1173 auch die Hypothek. Auch hier findet nur die dingliche Konfusion statt, weil ja ein persönliches Schuldverhältnis nicht besteht; während der Vereinigung bestimmen sich die Rechte des Eigentümers gemäß § 1177 Abs. 2 nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften. Hat der zahlende Eigentümer keine Ersatzansprüche, so erlischt die Hypothek an den übrigen Grundstücken. An seinem Grundstück hat der Eigentümer nunmehr eine echte Eigentümerhypothek.

Kann er dagegen von dem Eigentümer eines der andern Grundstücke Ersatz verlangen, so geht in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstück dieses Eigentümers auf ihn über und bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstück Gesamthypothek. Diese Gesamthypothek sieht aber anders aus als in dem Falle, in dem der

befriedigende Eigentümer auch persönlicher Schuldner war. Während dort die Eigentümerhypothek durch Tilgung der persönlichen Schuld sich in eine Grundschuld verwandelte, bleibt sie hier echte Eigentümerhypothek, der die auf den Eigentümer nach § 1143 übergegangene Forderung substituiert ist. Daß dieser Gesamthypothek einmal die auf den Befriedigenden übergegangene Forderung und ferner die Regreßforderung gegen den Ersatzverpflichteten zugrunde liegen, was dem Begriff der Gesamthypothek widerspricht, ist wieder so zu erklären, wie in dem Falle der Befriedigung des Gesamthypothekars durch einen persönlich schuldenden Eigentümer, daß nämlich die Vorschriften über die Gesamthypothek auf diese mit zwei Forderungen bekleidete Hypothek sinngemäß angewandt werden sollen.

Findet eine Befriedigung nur teilweise statt, so bestimmen sich die Rangverhältnisse der einzelnen Posten wieder nach § 1176; der Hypothekengläubiger ist also stets zu bevorzugen und zwar gegenüber der Eigentümerhypothek und einer etwaigen Ersatzhypothek. Letztere hat auch den Rang hinter der Eigentümerpost.

§ 11.

Während in dem soeben behandelten Abschnitt jede obligatorische Konfusion mangels Vorhandenseins einer persönlichen Schuld ausgeschlossen war, tritt, wenn der persönliche Schuldner, der nicht mit dem Eigentümer identisch ist, den Hypothekar befriedigt, wieder die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person ein.

Zu unterscheiden ist auch bei diesem Tatbestand, ob der befriedigende Nichteigentümer infolge der Befriedigung gegen die Eigentümer des belasteten Grundbesitzes Ersatzansprüche erwirbt oder nicht. Zunächst sei der Fall des Vorliegens von Ersatzansprüchen unterstellt.

Darüber enthält das Bürgerliche Gesetzbuch unter Durchbrechung des Grundsatzes des § 1172 folgende Bestimmung: „Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, dem eine Gesamthypothek zusteht, oder vereinigen sich bei einer Gesamthypothek Forderung und Schuld in einer Person, so geht, wenn der Schuldner nur von einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann, die Hypothek an diesem Grundstück auf ihn über; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt.

Ist dem Schuldner nur teilweise Ersatz zu leisten und geht deshalb die Hypothek nur zu einem Teilbetrag auf ihn über, so hat sich der Eigentümer diesen Betrag auf den ihm nach § 1172 gebührenden Teil des übrigbleibenden Betrages der Gesamthypothek anrechnen zulassen." (§ 1174.)

Die angeführte Gesetzesvorschrift ist als eine Ergänzung des § 1164, zugeschnitten auf die Besonderheiten der Gesamthypothek, anzusehen. Sonst ist der Maßstab der gleiche wie bei der Einzelhypothek. Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger vollständig, und hat er einen Ersatzanspruch gegen einen Grundstückseigentümer oder dessen Rechtsvorgänger in Höhe der ganzen Forderung, so geht die Gesamthypothek als Einzelhypothek für seine Forderung auf ihn an dem Grundstücke des Ersatzverpflichteten über, während sie an allen übrigen Grundstücken erlischt. Dieses Erlöschen entspricht dem Grundsatz, Hypotheken an nicht ersatzpflichtigen Grundstücken nicht auf die Eigentümer dieser Grundstücke übergehen zu lassen. Denn dies würde eine Vervielfältigung der Gesamtbelastung über den Betrag der ursprünglichen Gesamthypothek hinaus bedeuten, welche in unzulässiger Weise die Lage der belasteten Eigentümer sowie der gleich- und nachstehend eingetragenen Berechtigten verschlechtern würde.

Der Erwerb der Hypothek durch den persönlichen Schuldner, der sich kraft Gesetzes ohne Löschung vollzieht, hat in dinglicher Beziehung keinerlei Einfluß, da er das Eigentum des dem ganzen Befriedigungsgeschäft fernstehenden Eigentümers nicht berührt. Dagegen führt die Tilgung der Schuld durch den persönlichen Schuldner nach den schuldrechtlichen Bestimmungen (§ 362) das Erlöschen der Schuld herbei.

Haften die ersatzpflichtigen Eigentümer dem persönlichen Schuldner, der den Gläubiger voll befriedigt hat, in Höhe der Gesamthypothek als Gesamtschuldner, so erwirbt der Schuldner die Gesamthypothek als solche. Kann er trotz vollständiger Befriedigung nur für einen Teil der Schuldsumme von den Eigentümern Ersatz verlangen, so fällt die Gesamthypothek, soweit keine Ersatzforderung besteht, den Eigentümern nach § 1172 gemeinschaftlich zu, während sie in Höhe des Ersatzanspruchs Rückgriffshypothek für den persönlichen Schuldner wird.

Bei nur teilweiser Befriedigung des Gesamthypothekars durch den Schuldner verbleibt die Gesamthypothek dem Gläubiger in Höhe der nicht bezahlten Forderung mit dem Vorrang vor dem Ueberrest. Kann nun der Schuldner für seine Zahlung vollen Ersatz verlangen, so stehen ihm eine oder mehrere Ersatzhypotheken zu, je nachdem die Eigentümer als Gesamtschuldner oder einzeln zum Ersatz verpflichtet sind. Hat der Schuldner nur zum Teil Ersatzansprüche gegen die Eigentümer, so zerfällt die ursprüngliche Gesamthypothek in drei Teile: den ersten Rang behält der Gesamthypothekar für den Rest seiner Post, dann folgt die Regreßhypothek des persönlichen Schuldners zur Sicherung seiner Ersatzforderung und schließlich die Gesamthypothek für die Eigentümer (§§ 1176, 1164), soweit für sie kein Ersatzanspruch besteht.

Falls dem Schuldner von einem der dinglich belasteten Eigentümer nur teilweise Ersatz zu leisten ist, geht die Regreßhypothek nur zu diesem Teilbetrage auf ihn über, wie § 1174 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt. In Höhe des ersatzfreien Betrages entsteht zugunsten sämtlicher Eigentümer nach § 1172 eine Eigentümergesamthypothek. Nun kann jeder Eigentümer verlangen, aus dem gesamthypothekarischen Verbande auszuscheiden. Dies geschieht nicht etwa in der Weise, daß die Gesamthypothek in Einzelhypotheken umgewandelt wird, von denen jede die Höhe der Gesamtbelastung hat. Dies würde eine unzulässige Vervielfältigung der Belastung hervorrufen. Es ist vielmehr gemäß § 1172 Abs. 2 eine Verteilung der Gesamthypothek nur so möglich, daß die Hypothek an den einzelnen Grundstücken auf den Teilbetrag beschränkt wird, der dem Verhältnis des Wertes des Grundstücks zu dem Wert aller belasteten Grundstücke entspricht. Dabei errechnet sich der Wert der einzelnen Grundstücke unter Abzug der der Gesamthypothek im Range vorgehenden Belastungen. Eine vertraglich abweichende Belastung ist zulässig; nur muß die Summe der verteilten Einzelhypotheken dem einmaligen Betrage der Gesamthypothek gleich sein.

Wenn nun die gemeinschaftlich dinglich berechtigten Eigentümer (auch die ersatzverpflichteten) die Gesamthypothek in verschiedene Einzelhypotheken verteilen, so muß sich der Ersatzpflichtige auf den ihm zuzuweisenden Teilbetrag die Summe anrechnen lassen, die schon kraft der Rückgriffs-

hypothek des ersatzberechtigten zahlenden persönlichen Schuldners auf seinem Grundstücke haftet; andernfalls würde nämlich der Ersatzpflichtige auf Kosten der übrigen Eigentümer ein Stück von der Eigentümerhypothek erhalten. Die durch das Entstehen der Rückgriffshypothek hervorgerufene Verminderung des Eigentümergrundpfandrechts muß aus Billigkeitserwägungen in erster Linie derjenige Eigentümer tragen, der ersatzpflichtig ist.

Schon die Verteilung bewirkt das Entstehen von Einzelhypotheken auf dem früher coniunctim belasteten Grundbesitz. Die noch erforderliche Eintragung der Veränderungen im Grundbuch schafft nicht neues Recht, sondern ist dispositiver Natur, und hat nur den Sinn einer Grundbuchberichtigung. Daß bei der Auflösung der Gesamthypothek in Einzelhypotheken über diese einzelne Hypothekenbriefe zu erteilen sind, ergibt sich aus § 64 GBO.

Erwähnenswert ist hier noch die Bestimmung des § 423, daß ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlaß auch für die übrigen Schuldner wirken soll, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten. Unter dieser Voraussetzung erlischt die Forderung, und es erwirbt, wie bei der Einzelhypothek ein Eigentümer, die Gemeinschaft der Eigentümer die Hypothek (§ 1172). Sollte jedoch nur ein Gesamtschuldner befreit werden, so bleibt der, mit dem der Erlaßvertrag abgeschlossen wurde, seinen Mitschludnern gegenüber ausgleichungspflichtig; er scheidet also in dieser Hinsicht aus dem Gesamtschuldverhältnis aus, und auch die Hypothek an seinem Grundstück bleibt für die Schuld der andern bestehen.

Der Befriedigung im Sinne des § 1174 steht es auch hier — analog § 1164 — gleich, wenn sich Forderung und Schuld (z. B. durch Beerbung des Gläubigers) in einer Person vereinigen.

Größere Schwierigkeiten treten ein, wenn der persönliche Schuldner, der den Gesamthypothekar vollständig befriedigt, keinen Ersatzanspruch gegen die einzelnen Eigentümer oder alle zusammen hat, so z. B., wenn ein Grundstückskäufer die dingliche Schuld nicht in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat. Das persönliche Schuldverhältnis erlischt durch die Tilgung (§ 362). Die Hypothek wandelt sich daher gemäß § 1177 Abs.1 in eine Grundschuld um und fällt nach § 1172Abs.1

den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu, dabei wieder dingliche Konfusion bewirkend. Da im Innenverhältnis unter den haftenden Eigentümern keine rechtlichen Beziehungen bestehen, auf die Ersatzansprüche des Befriedigenden gegen die Eigentümer gegründet werden könnten, entsteht die sogenannte regreßlose Gesamthypothek. Bei ihr gibt es also kein Rechtsverhältnis zwischen den mithaftenden Eigentümern, das einen Ersatzanspruch des Leistenden gegen die übrigen Eigentümer zu rechtfertigen vermöchte.

Wie gestaltet sich nun die Sachlage, wenn der persönliche Schuldner, der nicht zugleich auch Eigentümer eines der haftenden Grundstücke ist und keine Ersatzansprüche gegen die Eigentümer hat, nur einen Teil der Schuldsumme an den Gläubiger zahlt? Es ist hier die Frage, wen der Befriedigende begünstigen wollte, einen einzelnen Eigentümer, oder alle anteilig oder in bestimmten Verhältnissen. Wenn bei der Zahlung nicht ausgesprochen worden ist, wem die Befriedigung zugute kommen soll und auch sonst keine vertraglichen Abmachungen zwischen dem Zahlenden und den Eigentümern bestehen, so wird man mangels entsprechender gesetzlicher Bestimmungen nicht annehmen können, daß durch die Tilgung der Schuld eine Eigentümergrundschuld für einen bestimmten Eigentümer zur Entstehung gelangen soll. Dies würde nicht der Billigkeit entsprechen, sondern die Rechte der übrigen Eigentümer verletzen. Es ist kein Grund vorhanden, einen einzelnen Eigentümer zu bevorzugen und ihm ein dingliches Recht in die Hand zu geben, die andern aber leer ausgehen zu lassen. Wenn die teilweise Zahlung allen Eigentümern zugute kommen soll, dann muß man in Höhe der getilgten Forderung eine Eigentümergrundschuld allen Eigentümern zubilligen. Für eine eventuelle Verteilung ist wieder § 1172 Abs. 2 maßgebend.

Konfusionsrechtlich hat die Befriedigung durch die persönlichen Schuldner, die nicht gleichzeitig Grundstückseigentümer sind, folgende Wirkung: Was die Forderung betrifft, so findet eine echte Konfusion statt, indem sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen und obligatorisch die Schuldtilgung herbeiführen. Daß es sich hierbei nicht um „eine Person", sondern um eine Personenmehrheit handelt, widerspricht nicht dem Sinn des Gesetzes, sondern liegt in der Natur der Gesamthypothek, die auf verschiedenen Grund-

stücken lasten muß und in der Regel auch mehrere persönliche Schuldner in sich verbirgt. Dinglich gehen, trotzdem der obligatorische Schuldner mit dem Eigentümer in keinem Zusammenhang steht, die schwächere Rechte in das stärkere Eigentum über.

Für den Fall, daß die Gemeinschaft der Befriedigenden in verschiedenen Verhältnissen zueinander steht, also der eine Eigentümer und persönlicher Schuldner, der andere nur dinglicher Schuldner und ein Dritter nur persönlicher Schuldner ist, fehlt es an ausdrücklichen Bestimmungen im Bürgerlichen Gesetzbuch. Die Lösung ist daher Sache der Auslegung. Es ist wohl so zu konstruieren, daß man annimmt, jeder hätte eine gleiche Teilleistung allein bewirkt, woraus die entsprechenden Folgerungen zu ziehen sind.

§ 12.

Die Befriedigung des Gesamthypothekars durch einen außenstehenden Dritten bewirkt den Uebergang der Forderung und damit auch der Gesamthypothek als solcher auf den Zahlenden unter Weiterhaftung aller belasteten Grundstücke.

Das Ablösungsrecht steht dem Dritten gemäß §§ 1150, 268 zu, wenn der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück verlangt; auf die Gesamthypothek angewandt, bedeutet dies, daß das durch die drohende Zwangsvollstreckung gefährdete Recht an den mithaftenden Grundstücken besteht, aus denen der Hypothekar Befriedigung verlangt. Ist diese Voraussetzung erfüllt, so geht nach § 268 Abs. 3 die Forderung mit der Hypothek, soweit der Gläubiger vom Ablösungsberechtigten befriedigt wird, auf diesen über; bei nur teilweiser Befriedigung darf der Hypothekar jedoch nicht wegen seines Restes benachteiligt werden, vielmehr behält er den Rang vor der auf den Ablösungsberechtigten übergehenden Teilhypothek (§ 1176). Unter Ausnahme von den Bestimmungen der §§ 1143 Abs. 2, 1173 geht die Hypothek an sämtlichen Grundstücken, nicht nur an einem, auf den Zahlenden über.

Die Tatbestände der §§ 1150, 1143 unterscheiden sich bezüglich ihrer Voraussetzungen dadurch voneinander, daß der mit dem persönlichen Schuldner nicht identische Eigentümer im Falle des § 1150 den Hypothekar erst auf dessen Verlangen, im Falle des § 1143 dagegen freiwillig befriedigt. Die Wirkungen sind in jedem Falle die gleichen, wenn nur ein

Grundstück in Betracht kommt, nicht dagegen, wenn mehrere Grundstücke für die bezahlte Forderung haften. Der von dem persönlichen Schuldner verschiedene Ablösungsberechtigte erwirbt durch die Befriedigung des Gesamthypothekars die Gesamtpost an allen belasteten Grundstücken. Der nicht Ablösungsberechtigte erwirbt durch die Befriedigung des Gesamthypothekars die Gesamtpost an allen belasteten Grundstücken. Der nicht Ablösungsberechtigte erhält dagegen nur dann auch die Hypothek, wenn er von dem Eigentümer eines der Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen kann.

§ 13.

Wird der Gesamthypothekar weder von dem Eigentümer, noch dem persönlichen Schuldner, noch einem Dritten befriedigt, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu betreiben, sich „aus dem Grundstücke" zu befriedigen. Die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück erfolgt auf Grund eines den dinglichen Anspruch betreffenden vollstreckbaren Titels nach § 866 Abs. 1 ZPO. durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung, durch Zwangsversteigerung oder durch Zwangsverwaltung. Bei dieser findet die Befriedigung des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers nicht aus dem Grundstückserlöse statt, sondern aus den in Geld umgesetzten Nutzungen des Grundstücks, den Verwaltungsüberschüssen. An sich wäre hier die Möglichkeit des Entstehens einer Eigentümerhypothek gegeben, jedoch auch insoweit läßt das Gesetz die Hypothek bei Befriedigung des Gläubigers erlöschen.[1]

Die Zwangsversteigerung dagegen ist eine Vollstreckung in die Vermögenssubstanz. Mit der Beschlußfassung über die Anordnung der Zwangsversteigerung gilt das Grundstück als zugunsten des Gläubigers beschlagnahmt (§ 20 ZVG); grundsätzlich werden dadurch auch alle Gegenstände verstrickt, auf die sich die Hypothek erstreckt. Die Wirkung der Befriedigung für die Hypothek und Forderung zeigt sich erst im Versteigerungstermine. Durch den Zuschlag wird der Ersteher Eigentümer des Grundstücks (§ 90 ZVG.). Gleichzeitig erlöschen die dinglichen Rechte, die nicht nach den Verstei-

1) Kretzschmar, Anm. 2 c zu § 1181.

gerungsbedingungen bestehen bleiben sollen (§ 91 ZVG.). Ist die Hypothek in das geringste Gebot aufgenommen, so bleibt sie auch bei Durchführung der Zwangsversteigerung bestehen. Das Erlöschen der Hypotheken im Falle des § 91 ZVG. tritt, wenn das geringste Gebot nicht die Hypothek miterfaßt, in jedem Falle ein. Davon ist zu unterscheiden das Erlöschen der Hypothek nach § 1181 Abs. 1. Dieses findet nur statt, wenn der Gläubiger „aus dem Grundstücke befriedigt" worden ist. Die Tilgung der Forderung ergibt sich nach den schuldrechtlichen Grundsätzen bei völliger Befriedigung von selbst, wenn Eigentümer und Schuldner gleich sind. Auch die Hypothek geht grundsätzlich nach § 1181 Abs. 1 unter, da mit der Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück gemäß § 1147 der Zweckbestimmung der Hypothek genügt ist. Materiell tritt das Erlöschen von Rechts wegen ohne Löschung ein, mag die zwangsweise Befriedigung aus dem Grundstück selbst oder aus den gemäß § 1120—1131 mithaftenden Gegenständen erfolgen. Formell wird das Erlöschen der Hypothek auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts im Grundbuch vermerkt (§§ 130, 158 ZVG.), hat also nur die Bedeutung einer Grundbuchberichtigung. Die Befriedigung des Gläubigers kann durch Barzahlung, Hinterlegung oder Uebertragung eines Teils der Forderung gegen den Ersteher auf Berichtigung des Kaufgeldes erfolgen (§ 117 ZVG.).

Wenn nicht gerade der Eigentümer des zur Versteigerung stehenden Grundstücks der Ersteher ist — was kaum vorkommen dürfte — findet eine Vereinigung von Forderung und Schuld nicht statt. Dinglich könnte höchstens ein sich im geringsten Gebot haltendes Eigentümergrundpfandrecht dem Eigentümer zufallen. Aber damit wird der Tatbestand der dinglichen Konfusion noch nicht verwirklicht. Denn wenn die Eigentümerhypothek im geringsten Bargebot steht, dann findet nur eine Berichtigung des Geldanspruchs statt; hält sich die Post dagegen im geringsten Uebernahmegebot, so kann unter Umständen eine dingliche Konfusion eintreten, allerdings nur, wenn der Eigentümer sein Grundstück wieder ersteht.

Soweit die Hypothek durch den Ausfall in der Zwangsversteigerung erlischt, zeigt sich die wichtige Funktion der Forderung, indem sie dem Hypothekar ermöglicht, sich wegen des Ausfalls an den persönlichen Schuldner zu halten, gleich-

gültig, ob er Eigentümer ist oder nicht. Im letzteren Falle kann jedoch der persönliche Schuldner, wenn er bei Befriedigung des Gläubigers vom Eigentümer Ersatz verlangen kann, die Befriedigung des Hypothekars insoweit verweigern, als er von diesem nicht unverzüglich von der Betreibung der Zwangsvollstreckung benachrichtigt worden ist und infolge dieser Unterlassung Schaden erleidet (§ 1166).

Erfolgt die Befriedigung aus einem Grundstück, das einem bloßen Hypothekenschuldner (nicht persönlich haftenden Eigentümer) gehört, dann erlischt zwar die Hypothek, die Forderung geht jedoch auf den Eigentümer in analoger Anwendung des § 1143 über; denn auch in diesem Fall gilt die Befriedigung als durch den Eigentümer erfolgt.[2]

Sind Eigentümer und Schuldner nicht identisch, so fragt es sich, ob der § 1143 für die persönliche Forderung Anwendung findet. Die Hypothek erlischt in jedem Falle. Geht nun die Forderung auf den nicht persönlich schuldenden Eigentümer über? Daß dies geschieht, erhellt daraus, daß § 1143 den Fall der Zwangsversteigerung nicht ausschließt, woraus zu entnehmen ist, daß seine Vorschriften auch dafür gelten sollen. Außerdem wird man zur Auslegung des Gesetzessinnes den § 1225 heranziehen können, der lautet: „Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 finden entsprechende Anwendung." Dieser sachenrechtliche Grundsatz, nach dem bei beweglichen Sachen der nicht persönlich haftende Verpfänder die Forderung insoweit erwirbt, als er den Gläubiger befriedigt, spricht für diese Annahme.[3] Auch nach der oben schon angeführten Reichsgerichtsentscheidung[4] wird in der Rechtslehre für den Fall, daß der Hypothekengläubiger aus einem Grundstücke, dessen Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner der Hypothekenforderung ist, befriedigt wird, fast allgemein unter entsprechender Anwendung des im § 1143 Abs. 1 Satz 1 für die freiwillige Befriedigung durch den Eigentümer enthaltenen Grundsatzes angenommen, daß die ursprüngliche Hypothekenforderung auf den Eigentümer übergeht.

2) Vgl. Biermann, S. 400 B. 3, Bruck, S. 198.
3) Derselben Meinung: Fuchs B. 2 a zu § 1143, Planck, 2 c zu § 1143, Kretzschmar, 2 c zu § 1143, Brinck, S. 43, Kober bei Staudinger III d β zu § 1181.
4) Bd. 81, S. 77.

Wenn die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke nur teilweise erfolgt, so bleibt in Höhe des nicht bezahlten Teils die persönliche Forderung gegen den Grundstückseigentümer bestehen; unabhängig davon erlischt die Hypothek im Rahmen des § 91 Abs. 1 ZVG. Der Hypothekar erleidet also dinglich einen Ausfall, denn in Höhe des nicht befriedigten Teils seiner Hypothek erlischt diese dinglich, und er bleibt auf die persönliche Forderung gegen den früheren Eigentümer beschränkt.

§ 14.

Sind mehrere Grundstücke mit einem Gesamtgrundpfandrecht belastet, so kann der Gläubiger auf Grund seines Verteilungsrechts (§ 1132 Abs. 2) sowohl aus jedem einzelnen haftenden Grundstück wir auch aus sämtlichen Grundstücken Befriedigung suchen. Die Stellung des Gesamthypothekars ist also denkbar günstig; er wird schon dinglich kaum einen Ausfall zu befürchten haben und kann sich überdies noch persönlich an den Schuldner halten. Dagegen sind die Nachhypothekare völlig seiner Willkür unterworfen.

Gelangen alle Grundstücke zur Versteigerung oder wird diese von einem dem Gesamtrecht im Range vorgehenden Gläubiger betrieben, so erlischt die Gesamthypothek, und zwar unabhängig davon, ob der Hypothekar eine Zahlung erhält oder nicht. Denn nach § 91 ZVG. erlöschen durch den Zuschlag die dinglichen Rechte, die nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben sollen. Wenn das Gesamtgrundpfandrecht nicht in das geringste Gebot aufgenommen ist, bleibt es auch nicht bestehen (§ 52 Abs. 1 ZVG.).

Nach § 1173 erwirbt der den Gesamthypothekar befriedigende Eigentümer die Hypothek an seinem Grundstück, während sie an den andern erlischt. Entsprechend bestimmt § 1181 Abs. 2, daß im Falle der Befriedigung des Gläubigers aus einem Grundstück, wenn dieses und andere mit einer Gesamthypothek belastet sind, ebenfalls die übrigen Grundstücke von der Belastung frei werden, ohne daß die andern Eigentümer etwa eine Eigentümerhypothek an ihren Grundstücken erwerben.

Hatte allerdings der Hypothekar den auch persönlich schuldenden Eigentümer nur obligatorisch wegen seiner For-

derung und nicht wegen der Hypothek verklagt, und wird er wegen seiner Forderung befriedigt, so erlischt diese nach schuldrechtlichen Grundsätzen (§ 362). Es erscheint zwar selbstverständlich, daß sich die Hypothek dann nach §§ 1163 Abs. 1 Satz 2 und 1177 in eine Eigentümergrundschuld verwandelt, und doch ist es über diese Frage zu einem Prozeß gekommen, den das Reichsgericht am 20. 1. 1904 dahin entschieden hat, daß nach Zahlung das ganze Forderungsverhältnis zum Erlöschen kommt und der Fall des § 1163 Abs. 1 Satz 2 vorliegt,[1] nicht dagegen eine Befriedigung aus dem Grundstücke und damit Erlöschen der Hypothek gemäß § 1181. Diese Entscheidung ist durchaus zutreffend, denn der Hypothekar hat ja gar nicht die Hypothek geltend gemacht, kann also auch nicht dinglich befriedigt sein. Diese Ansicht teilen, wenigstens im Ergebnis, Kober (in Staudingers Kommentar III d zu § 1181), Busch (im RGRKomm. Anm. 3 zu § 1181), Biermann (Anm. 1 c zu § 1181).

Nur in einem Falle kann nach Befriedigung des Gesamthypothekars im Wege der Zwangsversteigerung die Gesamthypothek an den nicht versteigerten Grundstücken bestehen bleiben, wenn nämlich die Voraussetzungen des § 1182 erfüllt sind. Wird die Zwangsversteigerung in ein Grundstück betrieben, das Teil einer Mehrheit von verschiedenen Eigentümern gehörigen Grundstücken ist, so bleibt die Gesamthypothek in Höhe des Ersatzanspruches, der dem mit der Zwangsversteigerung bedrohten Eigentümer gegen die andern Eigentümer zusteht, bestehen. Würde auch in diesem Falle die Gesamthypothek an allen Grundstücken, also auch an dem des zuletzt genannten Eigentümers, erlöschen, dann wäre der Ersatzanspruch nicht mehr dinglich gesichert und der Ersatzberechtigte nur noch in der Lage, die persönliche Klage anzustrengen, deren Durchführung bei der Vollstreckung nicht ohne weiteres Erfolg verheißend ist. Allerdings erfährt der Wert des dinglichen Ersatzrechts des Eigentümers eine gewisse Einschränkung, denn die so entstandene Hypothek darf nach § 1182 Satz 2 bei nur teilweiser Befriedigung des Hypothekars nicht zum Nachteile der Gesamthypothek und der andern Grundstücksbelastungen geltend gemacht werden. Daraus ergibt sich, daß der Wert der Sicherung des Ersatzberechtigten recht problematisch ist; wenn er sicherer da-

1) RGZ. 56, 325 f.

stehen will, so kann er sich, wenn das Grundstück weiter belastet wird, für seine Ersatzforderung eine Sicherungshypothek einräumen und eintragen lassen, wenn der Ersatzverpflichtete darauf eingeht. Irgendein gesetzlicher Anspruch auf Bestellung einer solchen Sicherungshypothek besteht jedoch nicht, sodaß er auf den guten Willen des Ersatzpflichtigen angewiesen ist. Es ist hier ebenso wie im Falle des § 1173 zweifelhaft, ob der Ersatzanspruch des Eigentümers die schuldrechtliche Grundlage für die Hypothek bildet. Auch hier wird dies zu bejahen sein, wofür sich auch das Reichsgericht einsetzt.[2]

Vorstehendes gilt insbesondere, wenn der Gläubiger voll befriedigt ist und der befriedigende Schuldner gegen einen Grundstückseigentümer einen Ersatzanspruch hat. Während nach den §§ 1164, 1174, 1173 die Rückgriffshypothek nur entsteht, wenn die Befriedigung des Gläubigers freiwillig erfolgt ist, gibt der § 1182 die Rückgriffshypothek auch dem Eigentümer eines mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücks, aus dem der Gläubiger befriedigt worden ist, sofern er einen Ersatzanspruch gegen einen andern Grundstückseigentümer hat. Ein Unterschied zwischen dem persönlichen und dem nur dinglich verpflichteten Eigentümer ist hier nicht gemacht.

Die dem Grundstückseigentümer zufallende Ersatzhypothek ist eine Einzelhypothek an dem Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers; an den übrigen Grundstücken erlischt die Hypothek. Bestehen mehrere Ersatzansprüche gegen verschiedene Eigentümer, deren Grundstücke mit einer Gesamtpost belastet sind, so teilt sich hier im Gegensatz zu § 1173 die Gesamthypothek in so viele Einzelersatzhypotheken, als Ersatzforderungen vorhanden sind. Denn die Bestimmung des § 1173 Abs. 2, daß die Ersatzhypothek sich mit der Gesamthypothek verbindet, ist in § 1182 nicht aufgenommen. Soweit allerdings mehr als ein Grundstück demselben ersatzpflichtigen Eigentümer gehört, ist die Ersatzhypothek eine Gesamthypothek. An den Grundstücken der nicht ersatzverpflichteten Eigentümer geht die Hypothek gemäß § 1181 Abs. 2 unter. Handelt es sich um eine regreßlose Ge-

2) Bd. 81, S. 73; ebenso Kober bei Staudinger 2 c zu § 1182, Oberneck II, § 151, Anm. 24, Busch im RGRKomm., Anm. 3 zu § 1182.

samthypothek, so werden alle Grundstücke von der Haftung frei.

Durch den Zuschlag wird das Grundbuch unrichtig; seine Berichtigung herbeizuführen, gehört zu den Aufgaben des Vollstreckungsgerichts. Nachdem der Teilungsplan ausgeführt und der Zuschlag rechtskräftig geworden ist, hat das Vollstreckungsgericht das Grundbuchamt anzuweisen, die Berichtigung durchzuführen, also den Ersteher als neuen Eigentümer einzutragen, den Versteigerungsvermerk sowie die durch den Zuschlag untergegangenen Rechte zu löschen und evtl. die Eintragung der Sicherungshypotheken für die Forderung gegen den Ersteher zu bewirken (§ 131 Abs. 1 Satz 1 ZVG.).

Werden nur einzelne gesamtbelastete Grundstücke zur Zwangsversteigerung gebracht, so berührt das Verfahren zunächst unmittelbar die übrigen mithaftenden Grundstücke nicht.

Fällt das Gesamtgrundpfandrecht auf dem versteigerten Grundstücke aus, so ist es nach § 91 Abs. 1 ZVG. auf diesen Grundstücken mit dem Zuschlag erloschen. Formell erfolgt die Löschung im Grundbuch wieder nach § 130 ZVG. auf Ersuchen des Vollstreckungsrichters an das Grundbuchamt.

Wird der Gläubiger aus einem der haftenden Grundstücke nur teilweise befriedigt, so behält der Gläubiger den Rest der Gesamthypothek, soweit er nicht befriedigt worden ist, in Höhe des befriedigten Teils, jedoch erwirbt der subhastierte Eigentümer die Hypothek als Einzelhypothek, wenn ihm ein obligatorischer Regreßanspruch gegen einen andern Eigentümer zustand; im übrigen erlischt die Hypothek. Eine weitere Modifikation zeigt sich, wenn die Ersatzansprüche nur für eine teilweise befriedigte Forderung zutreffen. Dann verbleibt dem Gesamthypothekar zur Sicherung der Restforderung zunächst ein Gesamtgrundpfandrecht in Höhe des Restbetrages; darauf folgt die Regreßhypothek (als Gesamthypothek oder in Einzelhypotheken) des persönlichen Schuldners. Dies ergibt sich wieder aus dem Grundsatz des § 1176, daß die einem Eigentümer oder persönlichen Schuldner zufallende Hypothek nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden darf.

§ 15.

Die dritte Art der zwangsweisen Befriedigung ist die

Eintragung einer Zwangshypothek. Jonas verficht allerdings[1] die Ansicht, daß die Zwangseintragung das Ziel der Befriedigung des Gläubigers überhaupt nicht verfolge, denn der Antrag auf Eintragung bedeute eine Stundung, mit der für den Fall, daß es zu einer Zwangsversteigerung oder -verwaltung kommen sollte, die Sicherheit des Vorrangs nach § 10 Nr. 4 ZVG. verbunden sei.

Auch Dernburg und Kretzschmar[2] sprechen der Zwangseintragung den Charakter einer Zwangsvollstreckungsmaßregel ab. Nach ihnen gewährt sie als Sicherungshypothek, wie jede solche Hypothek, dem Gläubiger lediglich eine Sicherheit für seine Forderung, ein dingliches Pfandrecht; eine andere Wirkung soll sie nicht haben. Sie verschafft dem Gläubiger also insbesondere keine Befriedigung und ist daher begrifflich keine Zwangsvollstreckungsmaßregel.

Dem ist zuzugeben, daß die Eintragung einer Zwangshypothek zu einer unmittelbaren und sofortigen Befriedigung nicht führt. Sie gewährt zunächst nur dingliche Sicherung. Aber es ist doch kein wesentliches Erfordernis der Zwangsvollstreckung, daß aus ihr sofort Befriedigung gefunden werden muß. Die Durchführung der Zwangsvollstreckung bedingt ja sowieso eine mehr oder minder längere Zeit. Deswegen ist die Zwangseintragung nicht etwa keine Vollstreckungsmaßregel. Schon rein äußerlich erhellt dies daraus, daß die gesetzlichen Bestimmungen über die Zwangseintragung unter dem Titel „Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen" zusammengefaßt sind. Die schließliche Befriedigung des Gläubigers erfolgt allerdings nur durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder -verwaltung. Zum mindesten ist die Zwangseintragung also mittelbar eine Vollstreckungsmaßregel. Denn nach erfolgter Eintragung bleibt es dem Gläubiger unbenommen, sich jederzeit endgültig zu befriedigen.

Während Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung zur Vollstreckung persönlicher und dinglicher Ansprüche dienen, läßt sich die Zwangseintragung nur für persönliche Anspüche, die auf eine Geldzahlung gerichtet sind, anwenden, denn jede Hypothek ist nach § 1113 zur Sicherung einer persönlichen Geldforderung zu dienen bestimmt. Bezüglich des-

1) Vgl. Gaupp-Stein, Anm. 1 zu § 866 ZPO.
2) S. 606.

selben Grundstücks hat der Gläubiger die Wahl unter den Vollstreckungsmaßregeln, ja, er darf sie sogar häufen, d. h. nebeneinander betreiben (§ 866 Abs. 2 ZPO.).

Welche sind nun die Voraussetzungen für das Entstehen einer Zwangshypothek?

In prozessualer Hinsicht ist zu beachten, daß die Zwangshypothek als Sicherungshypothek dem Gläubiger als Mittel der Zwangsvollstreckung gegeben wird. Daraus folgt, daß sämtliche Grundlagen für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung auch hier erforderlich sind. Besonders kommt also ein vollstreckbarer Titel in vollstreckbarer Ausfertigung und dessen ordnungsmäßige Zustellung in Betracht.

Als grundbuchrechtliche Voraussetzung für die Zwangseintragung verlangt § 867 Abs. 1 Satz 1 ZPO. das Vorliegen eines Antrags des Gläubigers; dieser Antrag unterliegt den Vorschriften der Grundbuchordnung. Allerdings findet insofern eine Ausnahme statt, als der Gläubiger ohne Mitwirkung des Schuldners zur Stellung des Antrages berechtigt ist. Hierin liegt eine Durchbrechung des sonst im Liegenschaftsrecht herrschenden formellen und materiellen Konsensprinzips.

Die Einigung der Parteien ist hier ersetzt durch das Vorliegen des Vollstreckungstitels, der auch die Eintragungsbewilligung vertritt.

Die Höhe der Eintragung ist nach unten begrenzt durch § 866 Abs. 3 ZPO.: Sie muß für die Hauptsumme die amtsgerichtliche Zuständigkeitsgrenze, also 500 Reichsmark, übersteigen. Findet eine Verteilung auf mehrere Grundstücke statt, so braucht diese Bestimmung nur insoweit beachtet zu werden, als auf jedem Grundstück die Zwangseintragung kleiner sein kann als 500 Reichsmark, sofern nur die Gesamtsumme der Hauptforderungen auf den belasteten Grundstücken die gesetzte Grenze erreicht. Eine Verteilung auf mehrere Grundstücke auf Grund verschiedener unter 500 Reichsmark lautender Schuldtitel ist als Umgehung des § 866 Abs. 3 ZPO. unzulässig.

Sind alle Erfordernisse erfüllt, so kann die Eintragung der Zwangshypothek durch das Grundbuchamt nunmehr von statten gehen. Dieses übt hier einerseits den Vollstreckungsakt und andererseits einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nämlich die Eintragung, aus, wobei sich der doppelte Charakter der Zwangseintragung zeigt. Die Eintragung selbst muß

als Sicherungshypothek erfolgen (§ 866 Abs. 1 ZPO.). Somit scheidet nach § 1185 Abs. 1 die Erteilung eines Hypothekenbriefes aus. Dafür muß zum Schutze des Schuldners gegen mißbräuchliche Benutzung des Schuldtitels auf diesem die Zwangseintragung vermerkt werden (§ 867 Abs. 1 Satz 1 ZPO.). Die Zwangshypothek ist als Unterart der Sicherungshypothek streng akzessorisch, also abhängig von der gesicherten Forderung, besonders auch in der Hand eines gutgläubigen dritten Erwerbers. Eine Anwendung des § 1138, der bei der gewöhnlichen Hypothek auch die Forderung in gewisser Beziehung dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs unterstellt, ist gemäß § 1185 Abs. 2 ausgeschlossen. Entsprechend dem Wesen der Gesamthypothek ist eine Zwangshypothek als Gesamthypothek unzulässig. Der Betrag der Forderung ist vielmehr auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen, wobei es dem Gläubiger überlassen bleibt, die Höhe der einzelnen Beträge zu bestimmen (vgl. § 867 Abs. 2 ZPO.). Hat der Grundbuchrichter nun die Zwangshypothek eingetragen, so ist sie gemäß § 867 Abs. 1 Satz 2 ZPO. entstanden.

Hat indessen ein Gläubiger auf einem Grundstück schon eine durch Rechtsgeschäft entstandene Hypothek, und will er auf demselben Grundstück noch eine Zwangseintragung herbeiführen, so ist diesem Begehren nicht stattzugeben. Zwingende Gründe sprechen für die Unzulässigkeit eines aus einer Vertragshypothek und einer Zwangshypothek bestehenden Gesamtrechts, und zwar gleichgültig, ob die Vertragshypothek eine Verkehrs- oder eine Sicherungshypothek ist; in ersterem Falle würde das Gesamtrecht aus einer Verkehrs- und einer Sicherungshypothek (der Zwangshypothek) bestehen. Einer solchen Konstruktion widerspricht offensichtlich der Charakter der Einheitlichkeit der Gesamthypothek. Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz würde wegen der Vorschriften der §§ 1138, 891 ff., die gemäß § 1185 für die Sicherungshypothek nicht gelten, wohl aber für die Verkehrshypothek, zu unüberwindlichen Schwierigkeiten führen. So hat es denn auch das Reichsgericht[3] für unzulässig erklärt, eine Gesamthypothek auf einem Grundstück als Buchhypothek, auf dem andern als Briefhypothek einzutragen. Daraus folgt, daß die Zusammenfassung einer Vertragshypothek mit einer Zwangshypothek zu einem Gesamtrecht ausgeschlossen

3) Bd. 77. S. 175.

ist, wenn die Vertragshypothek eine Briefhypothek ist; denn die Entscheidung des Reichsgerichts läßt sich auf diese Rechtsverhältnisse, die lediglich die Rechtsnatur der beiden Arten der Hypothek im Auge haben, anwenden.

Trotzdem bei der Zusammenfassung einer rechtsgeschäftlich bestellten Sicherungshypothek und einer Zwangshypothek scheinbar noch nur eine Sicherungshypothek besteht, kann man eine Verbindung nicht zulassen. Es besteht nämlich die Gefahr der dem Wesen der Gesamthypothek widersprechenden Vervielfältigung, denn die Zwangshypothek kann sich gemäß § 868 Abs. 1 ZPO. in eine Eigentümerhypothek verwandeln, während die Vertragshypothek noch in den Händen des Gläubigers verbleibt. Hieraus ergibt sich die Unmöglichkeit der Verbindung einer Zwangshypothek auch mit einer Vertragssicherungshypothek.[4]

Eine Zwangshypothek, die entgegen den Vorschriften des § 866 Abs. 3 ZPO. eingetragen worden ist, stellt sich als eine nach ihrem Inhalt unzulässige Eintragung im Sinne von § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. dar, so daß das Grundbuchamt sie von Amts wegen zu löschen und, wenn dies nicht aus eigener Entschließung des Grundbuchamts erfolgt, auf erhobene Beschwerde ihre Löschung zu verfügen hat.[5] Dasselbe gilt für die unzulässigerweise vorgenommene Eintragung einer Gesamthypothek, die unwirksam und daher zu löschen ist.

Die Zwangshypothek verliert ihre Daseinsberechtigung als solche, wenn durch rechtskräftiges Berufungs- oder Revisionsurteil usw. der Titel oder die vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben wird. Anolog der Bestimmung des § 1163 Abs. 1 Satz 2 sieht für diesen Fall § 868 Abs. 1 ZPO. vor, daß die Hypothek dann dem Eigentümer zufällt. Insoweit also das Urteil den vorliegenden Titel unwirksam macht, entsteht eine Eigentümerhypothek, die sich in der Hand des Eigentümers mit dessen Eigentum vereinigt und so wiederum dingliche Konfusion hervorruft. § 868 ZPO. bringt nur die auf die Zwangshypothek zugeschnittene Ergänzung des § 1163 Abs. 1 Satz 2, dessen Bestimmungen stets zwingend sind. Wenn dem Schuldner nicht auch die Forderung zusteht, was jedoch im Falle des § 868 ZPO. stets zutreffen wird, verwandelt sich die Eigentümerhypothek nach § 1177 Abs. 1 in eine

4) Im Ergebnis derselben Meinung mit ähnlicher Begründung ist das Kammergericht in KGJ. 44 A, S. 285 ff.

5) Vgl. RGZ. 60, 279 ff., bes. 284.

Grundschuld, und zwar als Buchpost. Der sich kraft Gesetzes vollziehende Uebergang der Zwangshypothek auf den Eigentümer findet zunächst außerhalb des Grundbuchs statt, jedoch ist der Eigentümer berechtigt, nach § 894 die entsprechende Berichtigung des Grundbuchs zu verlangen, die nach § 19 GBO. erforderlich ist. Diese Bewilligung zur Berichtigung des Grundbuchs wird entbehrlich (§ 22 GBO.), wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird, z. B. durch Vorlegung der Berufungsentscheidung usw. Diese Bestimmungen sind aber nur formeller Natur. Materiellrechtlich erwirbt der Eigentümer in dem Augenblick die Hypothek, in dem die Voraussetzungen des § 868 ZPO. erfüllt sind.

Lebenslauf.

Ich, Otto W a g n e r, Sohn des verstorbenen Studienrats i. R. Professor Josef Wagner und seiner Ehefrau Hedwig, geb. Sterz, wurde am 19. April 1901 zu Glatz geboren. Ich bin preußischer Staatsangehöriger und katholischer Konfession.

Nach vierjährigem Besuch einer Privat- und der Volksschule wurde ich 1911 in das humanistische Gymnasium zu Glatz aufgenommen, das ich Ostern 1920 mit dem Reifezeugnis verließ.

Dann widmete ich mich dem Bankfach und ließ mich am 1. Mai 1922 in der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelm-Universität zu Breslau einschreiben. Am 20. Dezember 1929 bestand ich das mündliche Doktorexamen.

Ich möchte nicht verfehlen, auch an dieser Stelle nochmals dem hochverehrten Herrn Referenten Prof. Dr. Schott, dem ich auch die Anregung zu der vorstehenden Arbeit verdanke, meinen verbindlichsten Dank auszusprechen.